

TRATADO DE DERECHO ARBITRAL

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
DIRECTOR

ASISTENTES
RIDER ALI VERA MORENO
ESTEFANIA DEL PILAR IGLESIAS BOBADILLA

TRATADO DE DERECHO ARBITRAL

EL CONVENIO ARBITRAL

Tomo I



COLECCIÓN ESTUDIOS

COLECCIÓN ESTUDIOS N° 2

ISBN: 978-958-749-077-0

© Carlos Alberto Soto Coaguila 2011
© Instituto Peruano de Arbitraje 2011
© Pontificia Universidad Javeriana 2011
© Grupo Editorial Ibañez 2011

Coordinador Editorial
JAVIER CELIS GÓMEZ
Pontificia Universidad Javeriana

Grupo Editorial Ibañez

Bogotá - Colombia
Carrera 69 Bis No 36-20 sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Librería: Calle 13 No 7-12
www.grupoeditorialibanez.com

Diagramación: Deissy A. Rodríguez

COMITÉ EDITORIAL Y CIENTÍFICO

CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO
Decano Académico
CARLOS JULIO CUARTAS CHACÓN
Decano del Medio Universitario
AURA XIMENA OSORIO TORRES
Directora de Carrera
CARLOS ÁLVAREZ PEREIRA
Director del Departamento de Derecho Laboral
JORGE PINZÓN SÁNCHEZ
Director del Departamento de Derecho Privado
ANDRÉS FERNANDO RAMÍREZ MONCAYO
Director del Departamento de Derecho Penal
JULIO ANDRÉS SAMPEDRO ARRUBLA
Director del Departamento de Derecho Procesal
ALFONSO MIRANDA LONDOÑO
Director del Departamento de Derecho Económico
HERNANDO YEPES ARCILA
Director del Departamento de Derecho Público
ROBERTO VIDAL LÓPEZ
Director del Departamento de Filosofía e Historia del Derecho

Soto Coaguila, Carlos Alberto

Tratado de Derecho Arbitral / director Carlos Alberto Soto Coaguila; -1a ed. - Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas: Grupo Editorial Ibañez: Instituto Peruano de Arbitraje, 2011. - (Colección estudios; N° 2).

v.; 24 cm.
Incluye referencias bibliográficas.
ISBN: 978-958-749-077-0

Vol. I. El Convenio Arbitral

1. ARBITRAMIENTO. 2. LAUDO ARBITRAL. 3. TRIBUNALES DE ARBITRAMIENTO. 4. RESOLUCIÓN DE DISPUTAS (DERECHO). 5. ARBITRAJE INTERNACIONAL. I. Soto Coaguila, Carlos Alberto, Dir. II. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas.

CDD 345.72 ed. 15

Catalogación en la publicación - Pontificia Universidad Javeriana. Biblioteca Alfonso Borrero Cabal, S.J.

ech.

Marzo 01 / 2011

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

CONTENIDO GENERAL

PRESENTACIÓN

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

PRÓLOGOS

JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG

YVES DERAINS

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA

TOMO I

ARGENTINA

LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL

FERNANDO AGUILAR

LAS CLÁUSULAS ‘ESCALONADAS’ DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN O CONCILIACIÓN PREVIAS AL ARBITRAJE)

ROQUE J. CAIVANO

LA “AUTONOMÍA” DEL ACUERDO ARBITRAL Y EL PRINCIPIO “COMPETEN- CIA/COMPETENCIA”: UNA PRIMERA MIRADA A CHINA

EMILIO J. CÁRDENAS

EL ACUERDO ARBITRAL Y EL SISTEMA ARGENTINO

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY

LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR VIOLACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO

CAROLINE KLEINER

EL ARTÍCULO II (2) DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK ES AHORA UN PROBLEMA

FEDERICO GODOY

JUAN SONODA

EL ACUERDO ARBITRAL Y LA PARADOJA ARGENTINA

OSVALDO J. MARZORATI

LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE EN EL DERECHO ARGENTINO

IGNACIO J. MINORINI LIMA

LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO ARBITRAL SEGÚN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 Y LA RECOMENDACIÓN DE UNCITRAL DE 2006

MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA

JULIO CÉSAR CÓRDOBA

EL ACUERDO ARBITRAL: LA RESPUESTA JURÍDICA A LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA. EL DESPLAZAMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL

GUSTAVO PARODI

EL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN Y LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

IGNACIO PÉREZ CORTÉS

MARÍA ALEJANDRA ETCHEGORRY

LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

JULIO CÉSAR RIVERA

CLÁUSULAS ESCALONADAS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

IGNACIO TORTEROLA

CHILE**EL ACUERDO DE ARBITRAJE: LA EXPERIENCIA CHILENA**

JOSEFINA CAMPOS L.

FELIPE OSSA G.

EL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEY CHILENA: SU NATURALEZA, REQUISITOS Y EFECTOS

GONZALO FERNÁNDEZ RUIZ

EL CONVENIO ARBITRAL, LA LEY DE FONDO Y LA APLICACIÓN EN PARTICULAR DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS

**DERECHO NACIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO DE
ARBITRAJE INTERNACIONAL: APORTES DESDE LA JURISPRUDENCIA
ARBITRAL DEL CAM SANTIAGO**

ELINA MEREMINSKAYA

**LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE A TERCEROS:
REALIDADES ECONÓMICAS Y FICCIONES JURÍDICAS**

FRANCISCO ORREGO VICUÑA

LA CONVENCIÓN DE ARBITRAJE EN CHILE

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

COLOMBIA

**LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN EL ARBITRAJE
COMERCIAL INTERNACIONAL: REFLEXIONES Y PROBLEMÁTICAS DE LA
EXPERIENCIA COLOMBIANA**

HÉCTOR HERNÁNDEZ BOTERO

EL ALCANCE DEL PACTO ARBITRAL EN COLOMBIA

DANIEL POSSE VELÁSQUEZ

CAROLINA POSADA ISAACS

**ALGUNAS REFLEXIONES PRÁCTICAS PARA ACUDIR A LA JUSTICIA
ARBITRAL**

IRMA ISABEL RIVERA RAMÍREZ

**DEBATES EN TORNO AL CONSENTIMIENTO AL ACUERDO ARBITRAL POR
EL ESTADO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES**

LORENZO VILLEGAS CARRASQUILLA

**ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PACTO DE ARBITRAJE COMERCIAL
INTERNACIONAL EN EL DERECHO COLOMBIANO**

EDUARDO ZULETA JARAMILLO

ECUADOR

**RENUNCIA AL ARBITRAJE PREVISTO EN UN TRATADO: EL CASO
ECUATORIANO**

XAVIER ANDRADE CADENA

BREVES REFLEXIONES SOBRE *EL “ARBITRAJE FAST TRACK”*

RODRIGO JIJÓN LETORT

JUAN MANUEL MARCHÁN

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

DIEGO PÉREZ ORDÓÑEZ

NOTAS SOBRE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y SUS EFECTOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONVENIO ARBITRAL. ALCANCES Y LIMITACIONES. EL CASO ECUATORIANO

ARMANDO SERRANO PUIG

ESPAÑA**MODERNA PATOLOGÍA DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE**

JOSÉ MARÍA ALCANTARA GONZÁLEZ

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE EL CONVENIO Y EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN DERECHO ESPAÑOL

JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG

EL ACUERDO ARBITRAL EN ARBITRAJES MULTIPARTE

DAVID ARIAS LOZANO

FERNANDO BEDOYA

LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE A LOS ENTES PÚBLICOS. EL CASO DE ESPAÑA

JUAN CARLOS CALVO CORBELLA

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL

FAUSTINO CORDÓN MORENO

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

BERNARDO M. CREMADES

LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL

CARLOS DE LOS SANTOS

MARGARITA SOTO

VÍCTOR BONNÍN

LA EXTENSIÓN A TERCEROS NO FIRMANTES DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL. LA APROXIMACIÓN EN ESPAÑA

ELISABETH DE NADAL

VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ

RESOLVIENDO CUESTIONES COMPLEJAS CON NORMAS ALAMBICADAS: LA REGULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN ESPAÑA

CARLOS ESPLUGUES MOTA

LAS OFERTAS DE CONSENTIMIENTO ESTATAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA

VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS

ELENA ARTUCH IRIBERRI

EL CONVENIO ARBITRAL: SU CONTROL JUDICIAL EN EL PROCESO ESPAÑOL DE ARBITRAJE

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-MONTES

EL REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO ARBITRAL

JULIO GONZÁLEZ-SORIA

LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA Y EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

MONTSERRAT GUZMÁN PECES

LOS EFECTOS DEL CONCURSO INTERNACIONAL SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL: UNA APROXIMACIÓN EUROPEA

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL

MARTA CASADO ABARQUERO

EL ACUERDO ARBITRAL. APUNTES TEÓRICOS Y PRÁCTICOS

JAVIER ÍSCAR DE HOYOS

TOMO II

ESPAÑA

EL CONVENIO ARBITRAL: LOS REQUISITOS PARA SU EXISTENCIA Y VALIDEZ. FUENTES NORMATIVAS Y PANORAMA JURISPRUDENCIAL ESPAÑOL

RAÚL JIMÉNEZ

EL PACTO DE NEGOCIAR CON ANTERIORIDAD A LA INICIACIÓN DEL ARBITRAJE

ÁLVARO LÓPEZ DE ARGUMEDO PIÑEIRO

LA DENOMINADA “*ACTE DE MISSION*” DE LA CCI Y SU CONCEPTUACIÓN COMO CONVENIO ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL ESPAÑOLA

ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL MULTIPARTITO

JOSÉ F. MERINO MERCHÁN

LA VALIDEZ DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

JOSÉ LUIS MESEGUER VELASCO

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA 60/2003

MANUEL OLIVENCIA

LA PRESUNCIÓN LEGAL DE SOMETIMIENTO AL ARBITRAJE

PILAR PERALES VISCASILLAS

SOBRE LA NOCIÓN DE ARBITRABILIDAD EN SUPUESTOS INTERNACIONALES

FERNANDO POMBO

LA CLÁUSULA ARBITRAL ESTATUTARIA: BREVES APUNTES SOBRE SU VALIDEZ Y EFICACIA

M^a VICTORIA SÁNCHEZ POS

EL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE: LECCIONES APRENDIDAS

GONZALO STAMPA

CLÁUSULAS PATOLÓGICAS: HISTORIAS PARA NO DORMIR

MIGUEL TEMBOURY REDONDO

ELENA GUTIÉRREZ GARCÍA DE CORTÁZAR

EL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL

MIGUEL VIRGÓS

ESTADOS UNIDOS

EL ACUERDO ARBITRAL

OLIVER J. ARMAS

SALVADOR FONSECA

CARLOS E. MARTÍNEZ-BETANZOS

¿LA MULTILATERALIZACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL? LA CLÁUSULA DE NACIÓN MÁS FAVORECIDA Y LOS MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS ENTRE INVERSORES Y ESTADOS EN TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN

NIGEL BLACKABY

JEAN PAUL DECHAMPS

ANTICIPANDO EL “*FAIRNESS IN ARBITRATION ACT*” DE 2009

DAVID D. CARON

SETH SCHREIBERG

LAS IMPLICACIONES DE LA DOCTRINA DE LA OMISIÓN MANIFIESTA DE LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN APLICABLE (“*MANIFEST DISREGARD OF THE LAW*”) EN EL ARBITRAJE COMERCIAL NACIONAL E INTERNACIONAL. POR QUÉ LAS PARTES DEBEN TOMARLA EN CUENTA AL MOMENTO DE REDACTAR SU CLÁUSULA ARBITRAL

GEORGINA FABIAN

DIRECTRICES PRÁCTICAS PARA LA REDACCIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

ARIF HYDER ALI

ERICA FRANZETTI

ASPECTOS IMPORTANTES A CONSIDERAR AL NEGOCIAR Y REDACTAR UNA CLÁUSULA ARBITRAL INTERNACIONAL

RICHARD C. LORENZO

MARÍA EUGENIA RAMÍREZ

**REVISANDO LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE A TRAVÉS DE UNA NUEVA
PATOLOGÍA: “LA ENMIENDA JUDICIAL”**

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA

**EL CONSENTIMIENTO DE LOS ESTADOS Y EL ARTICULO 25(4) DEL
CONVENIO CIADI**

CRAIG S. MILES

SILVIA M. MARCHILI

**CLÁUSULAS ARBITRALES PATOLÓGICAS. LA PROBLEMÁTICA DE LAS
CLÁUSULAS “MIX-AND-MATCH”**

NOIANA MARIGO

FRANCISCO ABRIANI

FRANCIA

HISTORIA DEL ACUERDO ARBITRAL EN EL CÓDIGO CIVIL FRANCÉS

THOMAS CLAY

**EL ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL EN DERECHO
FRANCÉS**

YVES DERAIS

STÉPHANIE REGIDOR

LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ARBITRAJE

ALEXIS MOURRE

GUATEMALA

EL ACUERDO ARBITRAL

ÁLVARO CASTELLANOS HOWELL

INGLATERRA

EL ACUERDO ARBITRAL INGLÉS

CHRISTIAN LEATHLEY

ITALIA

EL ACTUAL DEBATE ITALIANO SOBRE LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

GIORGIO MEO

MÉXICO

EL DEBER DE HONRAR EL ACUERDO DE ARBITRAJE

CECILIA FLORES RUEDA

NOVACIÓN Y ACUERDO ARBITRAL

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO

LA CLÁUSULA ARBITRAL: UN ENFOQUE PRÁCTICO

LUIS ENRIQUE GRAHAM TAPIA

EL ACUERDO ARBITRAL EN CONTRATOS COALIGADOS

CLAUS VON WOBESER

PANAMÁ

DEL CONVENIO ARBITRAL A LA LUZ DEL DERECHO INTERNO E INTERNACIONAL PRIVADO PANAMEÑO

GILBERTO BOUTIN I.

NOTAS SOBRE LA IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA EXPRESIÓN DE VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL CONVENIO ARBITRAL

MIRIAM GISELLE FIGUEROA DE ARIAS

PERÚ

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY PERUANA DE ARBITRAJE DE 2008

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA

CUANDO EL FIN SÍ JUSTIFICA LOS MEDIOS. EL DEBER DE LOS ÁRBITROS DE PROMOVER UNA SOLUCIÓN AMIGABLE ENTRE LAS PARTES (*SETTLEMENT*) EN EL CONTEXTO DE UN ACUERDO ARBITRAL

JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS

JOSÉ CARLOS LLERENA ROBLES

**ACUERDO ARBITRAL Y REGLAS DEL PROCEDIMIENTO: COMENTARIOS
A RAÍZ DE LA NUEVA LEY PERUANA DE ARBITRAJE**

NATALE AMPRIMO PLÁ

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL EN EL
DECRETO LEGISLATIVO N° 1071**

LUCIANO BARCHI VELAUCHAGA

**¿Y QUIENES ESTÁN INVITADOS A LA FIESTA? LA INCORPORACIÓN DE
PARTES NO SIGNATARIAS AL ARBITRAJE Y EL ARTÍCULO 14° DE LA LEY
DE ARBITRAJE PERUANA**

ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ

PORTUGAL

**DE LA RELEVANCIA DE LA CONVENCIÓN DEL ARBITRAJE EN LA
RESOLUCIÓN DE CUESTIONES SUSCITADAS POR LA CONDENA GENÉRICA
EN EL ÁMBITO DEL DERECHO PORTUGUÉS DE ARBITRAJE VOLUNTARIO**

SOFIA MARTINS

JOÃO VILHENA VALÉRIO

PAULA ADREGA FLOR

**CLÁUSULAS QUE IMPONEN MECANISMOS DE PREVIA CONCILIACIÓN – DE
SU EJECUCIÓN Y DE LAS CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO**

PEDRO METELLO DE NÁPOLES

JOSÉ MIGUEL JÚDICE

URUGUAY

EL ACUERDO ARBITRAL EN URUGUAY TENDENCIAS JURISPRUDENCIALES

SANDRA GONZÁLEZ

FERNANDO GÓMEZ

VENEZUELA

**EL ACUERDO DE ARBITRAJE EN EL DERECHO VENEZOLANO. ESTUDIO
CRÍTICO SOBRE SU EFICACIA EN LA JURISPRUDENCIA RECIENTE DE LOS
TRIBUNALES VENEZOLANOS**

RAMÓN J. ALVINS SANTI

PEDRO SAGHY CADENAS

EL ESTÁNDAR DE INTERPRETACIÓN APLICABLE AL CONSENTIMIENTO
Y A SU REVOCATORIA EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

ANDRÉS A. MEZGRAVIS

EL PRINCIPIO DE *COMPÉTENCE-COMPÉTENCE* EN VENEZUELA: CRITERIOS
SOBRE QUIÉN DETERMINA LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

MARCELO RICIGLIANO CANTOS

DIANA C. DROULERS

EXTENSIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A PARTES NO SIGNATARIAS
Y SU APLICACIÓN A LOS GRUPOS ECONÓMICOS

CARLOS LEPERVANCHE MICHELENA

PRESENTACIÓN

EL INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE - IPA

Hace 5 años se creó el INSTITUTO PERUANO DE ARBITRAJE - IPA con la finalidad de promover y difundir el arbitraje doméstico e internacional, sobre todo en América Latina. Con ese norte, el IPA ha desplegado numerosas actividades de modo infatigable, publicando libros y revistas especializadas, así como organizando rigurosos eventos académicos, desayunos profesionales y reuniones de trabajo entre árbitros, magistrados, abogados corporativos y profesionales interesados en el arbitraje.

El IPA se ha consolidado en el tiempo y actualmente es una institución reconocida a nivel internacional, lo cual genera la necesidad de asumir un mayor compromiso con los objetivos trazados.

Con respecto a la labor del IPA en el campo de la organización de congresos y seminarios, pueden mencionarse:

- i) El *Congreso Latinoamericano de Arbitraje*, que desde el año 2007 se realiza anualmente en el Perú y al cual asisten los más importantes practicantes del arbitraje de todo el mundo, incluyendo a los representantes del arbitraje peruano. Constituye una profunda satisfacción el hecho de que este Congreso se ha convertido en el referente de los eventos en la región latinoamericana.
- ii) El *Programa de Alta Especialización en Arbitraje de Inversiones*, evento que también se realiza en Lima desde el año 2007. Este Curso de Especialización está dirigido a brindar un enfoque práctico y una formación especializada de alto nivel en materia de arbitraje de inversiones. Del mismo modo, este evento también es considerado uno de los cursos más importantes en la región.
- iii) El *Curso Internacional de Formación de Árbitros*, programa que tiene la finalidad de formar a las futuras generaciones de árbitros

peruanos, dotándolos de un sólido conocimiento en arbitraje doméstico e internacional.

- iv) La ***Conferencia Anual IPA***, reunión anual que tiene por finalidad discutir temas de coyuntura en materia arbitral peruana.
- v) El ***Primer Encuentro de Jueces y Árbitros Peruanos***, evento único en su género en nuestro país, organizado conjuntamente con la Academia de la Magistratura del Perú y que tiene como objetivo reunir a los árbitros y magistrados peruanos para dialogar e intercambiar opiniones sobre las relaciones de convivencia del arbitraje y el proceso judicial.
- vi) El ***Congreso de Arbitraje Internacional de Costa Rica***, evento co-organizado anualmente con la Cámara de Comercio de Costa Rica, cuyo propósito es congrega a los practicantes del arbitraje de Centroamérica y el Caribe para dialogar sobre el arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones.

El IPA, además, ha realizado importantes publicaciones, tales como:

- i) La ***Colección de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión***, obra que cuenta con dos volúmenes, el primero titulado: “El Arbitraje en el Perú y el Mundo”, que reúne 59 artículos de árbitros nacionales e internacionales, dedicado al arbitraje interno, internacional y de inversión; y el segundo, titulado: “Convención de Nueva York de 1958. Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras”, dedicado al análisis de la Convención de Nueva York, su aplicación y los problemas que se han advertido desde que entró en vigor, recogiendo las diferentes perspectivas de 56 reconocidos árbitros de 20 países de los cinco continentes.
- ii) El ***Tratado de Derecho Arbitral***, cuyo primer volumen ha sido dedicado al Convenio Arbitral, piedra angular del arbitraje.
- iii) La ***Revista Peruana de Arbitraje***, Es una revista especializada en el arbitraje comercial y de inversiones, conformada por 10 ejemplares.
- iv) El ***Anuario Latinoamericano de Arbitraje***, publicación temática y especializada que se difundirá principalmente en Latinoamérica, en la cual se analizarán aspectos puntuales del arbitraje comercial o del arbitraje de inversiones.

- v) *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, única obra en el Perú, conformada por dos voluminosos tomos, que contiene un análisis detallado y profundo de cada uno de los artículos de la actual Ley Peruana de Arbitraje de 2008, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1071. Esta destacada obra cuenta con los comentarios de los más connotados árbitros peruanos. En ella el lector también encontrará los documentos nacionales e internacionales de mayor importancia en temas de arbitraje, lo que la convierte en la obra más completa sobre la materia.

El primer tomo del *Tratado de Derecho Arbitral: El Convenio Arbitral*

En su definición más difundida, el convenio arbitral es el acuerdo de dos o más partes para someter sus controversias a la decisión de un tribunal arbitral. Así, es unánime el reconocimiento de la importancia del convenio arbitral, pues sin su existencia no es posible hablar de arbitraje. El convenio arbitral es pues el punto de partida y el eje del procedimiento arbitral y, con justa razón, todas las leyes de arbitraje le otorgan su capítulo inicial.

Por medio de este convenio las partes no sólo se obligan a someter sus controversias a la decisión de los árbitros, sino que también renuncian al fuero de los tribunales judiciales.

Siendo el convenio arbitral la piedra angular del arbitraje, resulta imprescindible que los practicantes del arbitraje tengan en cuenta que este acuerdo deberá estar exento de defectos, dado que la presencia de éstos podría generar la ineficacia del convenio.

Por lo tanto, es evidente que la redacción del convenio arbitral resulta de vital importancia para que este pueda producir todos los efectos jurídicos deseados. De ahí que sea dable sostener que el convenio arbitral es como un traje a la medida. En tal sentido, el convenio debe ajustarse a cada situación: un convenio adecuado para un determinado caso puede no ser apropiado para otro, y viceversa. Por ello, el convenio debe negociarse con, al menos, igual rigor que las demás cláusulas del contrato. Sin embargo, es frecuente que se invierta un tiempo considerable en la discusión de aspectos tales como el plazo de cumplimiento de la obligación, las garantías, las causales de resolución o extinción de la relación obligatoria, mas no sucede igual respecto de la cláusula de solución de controversias en la vía

arbitral; inclusive en muchos casos, se realiza un simple *copy-paste* de la cláusula modelo de algún centro de arbitraje o de alguna cláusula modelo que el abogado tiene en sus archivos. Por ello, estas cláusulas han recibido el nombre de *midnight clause*.

Como los atentos lectores pueden apreciar, razones sustanciales fueron ponderadas para decidir que el primer tomo del ***Tratado de Derecho Arbitral*** esté dedicado a abordar el tema del ***Convenio Arbitral***. Para el logro de este objetivo, hemos convocado a 122 reconocidos árbitros, profesores universitarios y abogados litigantes de los 5 continentes, para que analicen y pongan en la mesa del debate esta institución jurídica fundamental para el arbitraje, ya que como hemos dicho, “sin convenio arbitral no hay arbitraje”. En este primer tomo, que ha tenido que dividirse en dos volúmenes debido a la numerosa participación de expertos, el lector encontrará diversos trabajos referidos a los aspectos importantes que se deben considerar al momento de negociar y redactar una cláusula arbitral, las cláusulas arbitrales patológicas, las cláusulas escalonadas en el arbitraje de inversión, las cláusulas que imponen mecanismos de conciliación o negociación previos al arbitraje, el acuerdo arbitral en contratos coaligados, el requisito de la forma escrita del acuerdo arbitral, la autonomía de la cláusula arbitral, la cláusula arbitral estatutaria, la eficacia del convenio arbitral, la incorporación de partes no signatarias al arbitraje, la ley aplicable al convenio arbitral, la multilateralización del acuerdo arbitral, la reparación de los daños causados por violación del acuerdo arbitral, los *penitus extranei* y el acuerdo arbitral, la novación y acuerdo arbitral, entre otros.

El Convenio Arbitral en la moderna Ley Peruana de Arbitraje de 2008

Desde el 2008, el Perú cuenta con una de las más modernas Leyes de Arbitraje en todo el mundo. Tenemos el orgullo de que haya sido calificada públicamente por los más importantes árbitros del mundo como la norma más completa sobre la materia.

En lo que respecta al Convenio Arbitral, la ley peruana ha abandonado la exigencia de la formalidad solemne para la celebración del convenio arbitral, optando por una formalidad *ad probationem*.

Otro de los más importantes e innovadores aportes que la ley peruana ha proporcionado es la posibilidad de extender los efectos del convenio arbitral a quienes, pese a no haber suscrito el convenio, son parte de él, bien

porque han participado activa y determinantemente en la negociación, en la celebración, en la ejecución o en la terminación del contrato.

También podemos resaltar la flexibilidad de la nueva Ley Peruana de Arbitraje, que permite que sean las propias partes quienes configuren, de acuerdo a sus intereses, las reglas del procedimiento arbitral, así como la confección de la cláusula arbitral, obteniendo como resultado el ya mencionado *traje a la medida*.

La Ley Peruana de Arbitraje ha puesto al Perú en el centro de atención del mundo del arbitraje y ha hecho que nuestro país sea considerado una potencial sede de arbitrajes internacionales.

Agradecimientos

No puedo terminar esta breve presentación sin expresar mi sincero agradecimiento a cada uno de los autores del primer volumen del *Tratado de Derecho Arbitral*, así como a los queridos amigos JOSÉ MARÍA ALONSO, YVES DERAIS y PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA por el honor de prologar el primer y segundo volumen del *Tratado*.

Imprescindible también es extender mi agradecimiento al estupendo equipo de trabajo del Instituto Peruano de Arbitraje - IPA, en particular, a RIDER ALI VERA MORENO, ORIALIZ ESPINOZA SOTO, ESTEFANÍA DEL PILAR IGLESIAS BOBADILLA, JHON JARA CANO, PABLO S. ESTEBAN TELLO, LIZETH COBA MACEDO, ROSSMERY PONCE NOVOA, CAROLINA DEL SOLAR POMA y MILTON SALINAS LÁZARO sin cuyo apoyo y entusiasmo no hubiese sido posible hacer realidad esta monumental obra.

Last but not least, mi gratitud a la Pontificia Universidad Javeriana, *mi Universidad*, en especial al señor Decano de la Facultad de Derecho, doctor CARLOS IGNACIO JARAMILLO J., por su incondicional apoyo para que esta obra se publique en Colombia y se difunda en toda América Latina, así como al prestigioso Grupo Editorial Ibañez y al Instituto Peruano de Arbitraje - IPA por la pulcra edición que hoy se entrega a la comunidad arbitral.

Lima, febrero de 2011.

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
Presidente
Instituto Peruano de Arbitraje

PRÓLOGO

Constituye para mí un auténtico honor poder escribir las líneas del prólogo del primer volumen del *Tratado de Derecho Arbitral* que dirige mi colega y amigo CARLOS SOTO COAGUILA, más aún cuando el mismo trata de un aspecto tan fundamental en el arbitraje como es el convenio arbitral.

Este primer volumen del *Tratado de Derecho Arbitral* aborda la piedra angular del arbitraje, el convenio arbitral, el “origen de todo”. En efecto, sin convenio arbitral como expresión de la voluntad de las partes no existe arbitraje como alternativa a la jurisdicción ordinaria.

Tal es la importancia del convenio, que a su alrededor giran las más extensas discusiones sobre aspectos tan dispares como su forma, la ley que le es aplicable, la incorporación por referencia del convenio arbitral, su interpretación, sus efectos frente a terceros y frente a las partes, y así se podría seguir en un largo etcétera.

Pero no debemos olvidar que siempre hay una fase previa al convenio arbitral incorporado al contrato y que es tanto o más importante para el desarrollo del arbitraje: el momento en que las partes del contrato discuten el medio por el que resolverán las posibles controversias que puedan surgir entre ellas. Es en este momento en el que las partes negocian y deciden si desean incorporar un convenio arbitral en el contrato, sin perjuicio de que luego esa voluntad se plasme con mayor o menor acierto; el momento en que el principio de autonomía de la voluntad de las contratantes despliega todas sus efectos jurídicos y negociables, y sin una consideración de esa fase previa difícilmente podremos entender y abarcar todo el sentido del convenio arbitral.

Por esta razón, el futuro del arbitraje depende de que las partes de un contrato vean en esta institución un medio adecuado y digno de toda confianza para resolver sus controversias, y por ello decidan incluir un convenio arbitral en sus contratos.

Lamentablemente, todavía existen muchas empresas que debido a su mala experiencia en un procedimiento arbitral anterior han decidido vetar la inclusión de convenios arbitrales en los contratos en que las mismas

participen. Muchas veces, la mala experiencia deriva simplemente de que el tribunal arbitral no les dio la razón, en cuyo caso poco puede hacer la comunidad arbitral. Pero en muchas otras, el fundamento que está detrás del rechazo a la incorporación del convenio arbitral se encuentra en malas prácticas tanto de los árbitros como de los abogados, que derivaron en un procedimiento excesivamente dilatado, un encarecimiento de los costes, un laudo arbitral insuficientemente motivado, etcétera. En estos casos, la responsabilidad de los profesionales que actúan como árbitros o abogados es fundamental para que el arbitraje siga gozando de una buena imagen y por tanto las empresas sigan confiando en el mismo incorporando cláusulas de arbitraje en sus contratos.

Por otro lado, es cierto que muchas veces la dilación del procedimiento se debe a que los redactores de los contratos no están acostumbrados a incorporar este tipo de cláusulas y al hacerlo no prestan el necesario cuidado. Esta falta de conocimiento del arbitraje genera cláusulas patológicas que pueden convertirse en un auténtico rompecabezas jurídico. Por ello, siempre he sostenido que este tipo de obras, al igual que la infinidad de conferencias, seminarios, y cursos que se imparten sobre arbitraje, deben tener como destinatarios, no solo a la comunidad arbitral, sino a los abogados de contratos; a aquellos que, en definitiva, son los responsables últimos de incorporar una cláusula arbitral que “funcione”.

Vivimos tiempos de crisis; tiempos en las que muchas empresas y operadores económicos se ven imposibilitados para hacer frente a sus obligaciones contractuales; tiempos en los que figuras jurídicas añejas como las cláusulas “*rebus sic stantibus*” o “*hardship*” están recobrando todo su protagonismo. Es pues un momento óptimo para que los que estamos convencidos de que el arbitraje es una mejor solución que la jurisdicción ordinaria para dar solución a estos conflictos despleguemos todo nuestro esfuerzo para convencer al mundo económico de la bondad de incorporar cláusulas arbitrales en los contratos.

Y qué duda tiene que esta obra supone una impagable contribución a este propósito. No solo la extraordinaria calidad de sus autores, sino el análisis minucioso, casi microscópico, que se hace del convenio arbitral, desde su génesis (el juego de la autonomía de la voluntad, directrices prácticas para su redacción, la prestación del consentimiento, especialmente por los Estados...); pasando por su eficacia (la autonomía del convenio arbitral, objeto y arbitrabilidad, el principio de “*Kompetenz-Kompetenz*”, los requisitos para su existencia y validez...); su forma; la ley aplicable; las

consecuencias de su incumplimiento (la reparación de los daños causados por su violación, las excepciones procesales...); su extensión a terceros; los arbitrajes multiparte; sus aspectos internacionales; o los efectos que sobre el mismo puedan tener los concursos de acreedores y otras situaciones de insolvencia; hasta llegar a su ejecución, nacional e internacional, permite a los profesionales del Derecho contar con un instrumento eficazísimo para abordar cualquier duda o problema que se les pueda suscitar en relación con el acuerdo arbitral.

Ya es habitual en los foros del arbitraje escuchar la frase “el arbitraje vale lo que vale el árbitro”. Pero la correcta incorporación del convenio arbitral puede tener tantos efectos positivos como negativos en un procedimiento arbitral, que a esa frase podría añadirse la coletilla “y la cláusula arbitral”. Este libro, sin duda, permite darle todo ese “valor”.

Madrid, enero de 2011.

JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG
Socio de Garrigues, Madrid
Presidente de Honor del Club Español del Arbitraje

PRÓLOGO

El *Tratado de Derecho Arbitral*, dirigido por nuestro colega CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA, cuenta con su primer volumen sobre un tema fundador y fundamental para el arbitraje: el Convenio Arbitral.

Como lo recuerda el Artículo 7.1° de la Ley Modelo de 1985 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), revisada en el 2006, sobre Arbitraje Comercial Internacional, cuya versión española ha preferido referirse a la formula equivalente pero menos expresiva¹ de “*acuerdo de arbitraje*”, el convenio arbitral es un acuerdo que puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o la forma de un acuerdo independiente conocido como “*compromiso*”. La diferencia esencial entre el *compromiso* y la *cláusula compromisoria* está en que ésta última no contiene la designación del árbitro o de los árbitros ni una definición precisa de la materia arbitral. Como todo contrato, ambos tienen el rasgo común de organizar relaciones futuras. La diferencia radica en que el compromiso define reglas para un futuro inmediato, conocido y que se desarrolla dentro de límites temporales incluidos entre fechas concretas: las partes someten a la decisión de árbitros designados, la solución de un litigio definido, con una misión incluida entre fechas indicadas. La cláusula compromisoria se proyecta en el mundo de las eventualidades. Lo que se conoce se reduce a la voluntad de las partes de someter al arbitraje de personajes desconocidos, litigios abstractos cuya ocurrencia parece poco probable. Si no fuera así, las partes no contratarían. El compromiso es un contrato redactado para ejecutarse; la cláusula compromisoria es un contrato redactado con la esperanza de que nunca será utilizado. En este sentido, se parece al contrato de seguro, pero establece relaciones mucho más complicadas porque no se pueden limitar a las partes.

Otra paradoja de la cláusula compromisoria: su fuente es la voluntad común de las partes de ventilar litigios eventuales por arbitraje; sin embargo,

¹ Es de anotar que la versión francesa de la Ley Modelo habla de «*convention d'arbitrage*».

su eficacia necesita una redacción que supone que una de las partes va a traicionar esta voluntad cuando ocurra un litigio. Ahora bien, si fuera suficiente la voluntad de arbitrar, bastaría mencionarla en el contrato y, al presentarse un litigio, el respeto de dicha voluntad conllevaría a las partes a redactar un compromiso. Esa concepción del arbitraje fue la de muchos derechos nacionales en el pasado y quedo siendo la del derecho brasileño hasta la reforma legislativa de 1996. Pero tal sistema no funciona en la práctica. Una cláusula compromisoria bien redactada es una cláusula que permita, cuando nace un litigio, llevarlo al o a los árbitros sin nuevo acuerdo de las partes o con limitada intervención del juez estatal, incluso en caso de obstrucción de una de las partes, generalmente la demandada. Si una cláusula compromisoria no lo permite, se trata de una cláusula compromisoria “*patológica*”². Eso permite notar otra característica de la cláusula compromisoria: es un contrato en el cual la ejecución *in natura* es la regla y no la excepción. Contrariamente a la mayoría de los contratos, el incumplimiento de la cláusula compromisoria, y más generalmente del convenio arbitral, porque el principio se aplica también al compromiso, no sólo da lugar a daños y perjuicios. Hace poco, la violación del convenio arbitral fue sancionada por la condena a pagar una indemnización compensatoria³, por tribunales arbitrales constituidos a pesar de la obstrucción de una parte. Los daños y perjuicios son un complemento de la ejecución *in natura*, no una sustitución. Todas esas particularidades de la cláusula compromisoria no sólo justifican el interés de la doctrina jurídica sino también exigen una redacción muy cuidadosa: debe producir efectos obligatorios para las partes, dar al o a los árbitros el poder de resolver el litigio, permitir la organización de un procedimiento que conduzca, en las mejores condiciones, a un laudo e impedir la intervención de los Tribunales estatales antes que el laudo sea emitido.

Para alcanzar estos requisitos, las partes no están solas. La ley interviene, para bien en la mayoría de los casos, pero a veces también lo hace para mal. Depende de las partes plasmar en la cláusula reglas claras relativas a la constitución del tribunal arbitral, directamente cuando se trata de un arbitraje *ad hoc* o, indirectamente, cuando se trata de un arbitraje

² EISEMANN, F. “La clause d’arbitrage pathologique”, *Essais in memoriam Eugenio Minoli*, U.T.-E.T., Turín, 1974 p.119. véase también, DAVIS, B. “Pathological Clauses”: Frédéric EISEMANN’s still Vital Criteria, *Arb. Int.*, vol 7, núm. 4, 1991, p. 365.

³ Véase Corte de Apelación de Inglaterra, *Sunrock Aircraft Corporation Limited v Scandinavian Airlines System Denmark-Norway-Sweden*, [2007] EWCA Civ 882.

sometido a las reglas de una institución arbitral permanente. Es igualmente responsabilidad de las partes definir correctamente los litigios futuros que quieren someter al procedimiento arbitral sin limitar peligrosamente la competencia *ratione materiae* de los árbitros. Desafortunadamente, es lo que hacen las cláusulas que someten al arbitraje los litigios relativos a la “interpretación” o a la “ejecución” de un contrato, como lo ilustra una decisión del 13 de julio de 2009 de la Audiencia Provincial de Madrid que anuló un laudo por haberse pronunciado sobre la ejecución de un contrato, cuando la cláusula compromisoria contemplaba “*las diferencias respecto de cualquiera de los artículos de este CONTRATO*”. La organización del procedimiento es también responsabilidad de las partes, como lo resalta la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras en su artículo V (1, d), al establecer que en materia de procedimiento arbitral sólo se podrá denegar el reconocimiento de una sentencia si “*la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje*”. Sin embargo, en la práctica, las partes raramente indican en sus cláusulas de arbitraje cuales serán las reglas aplicables al procedimiento, sea por referencia a una ley nacional de arbitraje o directamente. Suelen referirse al reglamento de una organización permanente de arbitraje o, en caso de arbitraje *ad hoc*, a las reglas de arbitraje de la CNUDMI de 1976. Estos reglamentos y reglas generalmente prevén que a falta de elección de soluciones procesales elegidas por las partes, incumbe a los árbitros organizar el procedimiento.

Sin embargo, el artículo de la Convención de Nueva York que acaba de ser mencionado recuerda que la ley no puede ser olvidada. Lo hace en cuanto al procedimiento arbitral, pero su artículo V (1, a) lo hace también al referirse al convenio arbitral. Indica que su validez depende de la ley elegida por las partes o, a defecto de tal elección, a la ley de la sede del arbitraje. La relación entre la ley y el convenio arbitral no es una relación fácil. Coqueto, el convenio arbitral se deja cortejar por muchos pretendientes. Aunque la ley de la sede del arbitraje tenga la ventaja de la anterioridad, su prestigio y autoridad van declinando.

El artículo 13 de la Ley Peruana de Arbitraje del 23 de junio de 2008, proporciona un ejemplo típico de este fenómeno. En cuanto a la forma del convenio arbitral establece unas reglas substanciales peruanas que se aplican “*aun cuando el lugar del arbitraje se halle fuera del Perú.*” (Artículo 1.2).

El inciso 7° del mismo artículo trata de la validez del convenio arbitral. Reza que *“Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano”*⁴. Se abre así una competencia posible entre tres normas que pueden pretender aplicarse al fondo del convenio arbitral. La ley peruana, aun cuando es la ley de la sede del arbitraje, renuncia a su derecho de aplicarse al convenio arbitral y cede el paso a la norma que reconozca su validez, bien sea la norma elegida por las partes, como lo prevé la Convención de Nueva York⁵ o la norma que rige el fondo de la controversia. Como en una revolución copernicana, ya no es la ley de la sede del arbitraje que decide sobre su aplicación al convenio arbitral. Es éste último quien elige la ley que le convenga: dame validez y te reconoceré como aplicable, parece decirle.

Sin embargo, la unión que resulta de este encuentro puede ser muy efímera y disolverse ante la primera dificultad. Por ejemplo, si se presenta un laudo dictado en el Perú para ser ejecutado en otro país, el juez que aplica la Convención de Nueva York no dudará en negar la unión entre el convenio arbitral y la norma que rige el fondo de la controversia. Si a defecto de ley o norma indicada por las partes como aplicable al convenio arbitral, es aplicable la ley peruana de la sede del arbitraje, y la misma no reconoce su validez, el hecho de que el convenio sea considerado válido por la norma aplicable al fondo de la controversia, no bastará para que el laudo sea reconocido y declarado ejecutable. Lo mismo ocurrirá si el juez de la ejecución examina la arbitrabilidad de la controversia a la luz de su propio derecho nacional, como lo invita a hacer el artículo V (2, a) de la Convención de Nueva York. No escapan a este relativismo las soluciones de la jurisprudencia francesa que excluyen todo recurso a un sistema de conflicto de leyes o normas para decidir, por aplicación de una regla material francesa que *“en virtud de una regla material del derecho internacional del arbitraje, el acuerdo arbitral es independiente jurídicamente del contrato principal que lo contiene directamente o por referencia, y su existencia y eficacia se aprecian, bajo reserva de las*

⁴ Al leer este artículo no se puede evitar recordar el artículo 178 (2) de la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado que, desde 1987 indica que *“En cuanto al fondo, el acuerdo de arbitraje será válido si se ajusta al derecho elegido por las partes, o al derecho que rija el objeto de la controversia, en particular el derecho que rija el contrato principal, o si se ajusta al derecho suizo.”*

⁵ Si se acepta que cuando la Convención de Nueva York se refiere en su artículo V (1, a) a la ley elegida por las partes, se abarcan normas transnacionales, lo cual es una propuesta anacrónica y, por ende, discutible.

*reglas imperativas del derecho francés y del orden público internacional, según la común voluntad de las partes, sin que sea necesario referirse a una ley estatal*⁶. Fuera de Francia, el convenio arbitral considerado como válido por la denominada “*regla material del derecho internacional del arbitraje*” se encontrará sometido a otras normas tal vez menos favorables.

Eso confirma, si fuere necesario, que la aplicación al convenio arbitral de una ley o norma determinada, no depende de un orden jurídico nacional único, sino de varios órdenes jurídicos que, según el momento en el que un convenio arbitral entra en contacto con ellos, lo aceptan o lo rechazan, según su concepción del arbitraje. Es poco probable que ningún orden jurídico estatal se encuentre autorizado a reivindicar un convenio arbitral como suyo. Si, como lo pretende EMMANUEL GAILLARD⁷, existe un orden jurídico autónomo que desempeña este papel, es un enfoque que merece un examen detenido porque el mismo conlleva más realismo que los análisis tradicionales.

En razón de los múltiples retos que el convenio arbitral presenta al jurista, la reflexión que suscita está en evolución perpetua, al compás del éxito del procedimiento arbitral en el mundo, y de las consecuentes dificultades que encuentra en su camino. El derecho de terceros que no lo suscribieron, de prevalecerse del recurso al arbitraje o la obligación de estos de someterse al arbitraje es un buen ejemplo. De hecho, el tema plantea problemas agudos cuya solución genera muchas dudas. Estas se resuelven de modo más o menos satisfactorio en derecho comparado cuando se tratan de sucesiones o de cesiones de contratos, y qué decir hoy de la teoría del grupo de empresas, muy de moda en las últimas décadas del siglo pasado⁸. Esta figura se ha empleado para someter a una empresa principal o filial a un convenio arbitral que no había sido suscrito por ella pero sí por otros miembros del grupo. Para ello se exigía que la empresa jurídicamente independiente y no suscriptora: 1) fuera parte del mismo grupo de empresas que una de aquellas

⁶ Cour de cassation, *Dalico*, 1^{ère} civ., 20 de Diciembre de 1993. En: *Journal du droit International* 1994, p. 432 (nota E. GAILLARD) y p.690 (nota E. LOQUIN). En: *Revue de l'arbitrage* 1994, p. 116. Nota H. GAUDEMET-TALLON.

⁷ Véase, GAILLARD, Emmanuel. *Aspects philosophiques droit de l'arbitrage international*, Les livres de poches de l'Académie de droit international de La Haye. Este curso presentado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 2007. ha sido oportunamente traducido al español y publicado en 2010 con el título de *Teoría jurídica del arbitraje internacional* en la Biblioteca de Derecho de la Globalización en Asunción, Paraguay.

⁸ Véase en particular, B. HANOTIAU, *Complex Arbitrations, Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions* (2005).

que suscribieron el convenio arbitral, 2) que la empresa no suscriptora hubiera desempeñado un papel activo en la conclusión, la ejecución del contrato y, si aplicable, su resolución y 3) que la inclusión de la empresa no suscriptora en el convenio arbitral correspondiera a la intención mutua de todas las partes en el procedimiento arbitral. Este enfoque fue defendido por famosos laudos⁹ y sentencias de tribunales nacionales, en particular franceses¹⁰. Hoy, esta teoría parece abandonada sin que sus consecuencias prácticas hayan desaparecido: se puede aplicar un convenio arbitral a partes que no lo firmaron toda vez que la parte no suscriptora haya participado activamente en la ejecución del contrato y haya tenido conocimiento de la existencia del convenio arbitral¹¹. El único papel del grupo de empresas es hacer verosímil el conocimiento de la existencia del convenio arbitral por la parte no suscriptora y la aceptación de su participación en la ejecución por las suscriptoras. El artículo 14 de la Ley peruana de arbitraje de 2008 no necesitó mencionarlo dado que estableció una solución que responde a las necesidades del arbitraje de este siglo: *“El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”*. Pero sin las reflexiones y experiencias pasadas relativas a la teoría de los grupos de empresas, es probable que esta disposición nunca hubiera sido redactada de esta manera.

Sin embargo, es hoy en día en materia de arbitraje de inversión que la construcción del pensamiento jurídico relativo al convenio arbitral conoce su más rápida evolución. El desarrollo de arbitrajes entre partes que no suscribieron un convenio arbitral entre ellas y se encuentran vinculadas por un convenio arbitral contenido en Tratados bilaterales o multilaterales de protección de las inversiones, suscrito por sólo una de ellas, el Estado, plantea nuevos problemas que se solucionan de modo progresivo. No se sabe cómo se presentará la problemática del convenio arbitral dentro de

⁹ Véase el Laudo CCI en el Caso N° 1434, *Collection of ICC Awards 1974-1985*, p. 263, comentarios de Y. DERAINS y sobre todo el laudo CCI en el Caso N° 4131, *Dow Chemical, Collection of ICC Awards 1974-1985*, pp. 146 and 464, comentarios de Y. DERAINS.

¹⁰ Véase, *inter alia*, Corte de Apelación de París, *Dow Chemical*, 21 de octubre, 1983, *Revue de l'arbitrage* (1984) p. 98, comentarios de A. CHAPPELLE; Corte de Apelación de Pau, 26 de noviembre de 1986, *Revue de l'arbitrage* (1988) p. 153, comentarios de A. CHAPPELLE.

¹¹ Véase, *Cour de cassation*, 7 de enero de 1992, *Revue de l'arbitrage* (1992) p. 470, comentarios de P. BELLET.

diez años, tanto a nivel nacional como internacional, pero ésta publicación contribuye a imaginarlo. Hay que conocer el presente y sus orígenes para hacer un bosquejo del futuro. Este libro contiene datos esenciales del derecho de hoy que facilitan la reflexión prospectiva, abarcando temas variados tratados por los algunos de los mejores autores en la materia.

Todo eso no hubiera sido posible sin los esfuerzos incansables de CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA, Presidente del Instituto Peruano de Arbitraje y Director del *Tratado de Derecho Arbitral*. Sin su energía, su dinamismo, su tesón y su capacidad de perseguir con una sonrisa a autores llenos de ciencia y buena voluntad pero convencidos de que tienen la eternidad ante ellos para producir su contribución, esta obra necesaria no sería realidad. Las víctimas de sus amigables y creativas persecuciones, entre ellas su servidor, le deben agradecer con toda sinceridad.

Paris, enero 2011

YVES DERAINS

Socio fundador de Derains & Gharaví, París
Ex Secretario General de la Corte de Arbitraje de la CCI

PRÓLOGO

En un pasaje célebre HEGEL nos cuenta sin mayor explicación:

Sólo una palabra adicional respecto al deseo de enseñarle al mundo lo que debe ser. Cuando se trata de un fin como éste, la filosofía siempre aparece demasiado tarde. La filosofía, como el pensamiento del mundo, no se presenta sino hasta que la realidad ha terminado su proceso formativo y en si misma se ha materializado. La historia en este sentido corrobora la enseñanza del concepto que establece que solamente en la madurez de la realidad es que el ideal aparece como contraparte a lo real, abraza al mundo real en su esencia y lo forja al modo de un reino intelectual. Cuando la filosofía pinta su propio gris en gris ya una forma de la vida se ha envejecido y a través del gris nunca podrá ser rejuvenecida sino sólo conocida. *El Búho de Minerva solamente toma vuelo una vez reunidas las sombras del crepúsculo*¹.

Conforme con la observación hegeliana que nos enseña que el conocimiento —enmascarado por la imagen desequilibrante del Búho de Minerva— llega solamente una vez que el mismo es capaz de formar parte de la historia, el Instituto Peruano de Arbitraje ha tenido la sensibilidad histórica de dedicar su primer volumen del *Tratado de Derecho Arbitral* al Convenio Arbitral. Este convenio, que abriga la problemática planteada por la historia del pensamiento occidental, que define su trayectoria histórica

¹ Traducción del original por el autor.

Um noch über das *Belehren*, wie die Welt sein soll, ein Wort zu sagen, so kommt dazu ohnehin die Philosophie immer zu spät. Als der *Gedanke* der Welt erscheint sie erst in der Zeit, nachdem die Wirklichkeit ihren Bildungsprozeß vollendet und sich fertig gemacht hat. Dies, was der Begriff lehrt, zeigt notwendig ebenso die Geschichte, daß erst in der Reife der Wirklichkeit das Ideale dem Realen gegenüber erscheint und jenes sich dieselbe Welt, in ihrer Substanz erfaßt, in Gestalt eines intellektuellen Reichs erbaut. Wenn die Philosophie ihr Grau in Grau malt, dann ist eine Gestalt des Lebens alt geworden, und mit Grau in Grau läßt sie sich nicht verjüngen, sondern nur erkennen; *die Eule der Minerva beginnt erst mit der einbrechenden Dämmerung ihren Flug*.

Berlin, den 25. Juni 1820

Georg Wilhelm Friedrich Hegel, *Werke*, Vol. 7, p. 28 (Frankfurt a. M. 1979).

como la tensión entre la fenomenología y la esencia, es único en el repertorio de las ciencias jurídicas. Su perfil es simple. Un convenio arbitral ostenta por su forma ser poco más que una cláusula contractual. Sin embargo, su fondo o contenido esencial es terriblemente complejo ya que su función, como rubro de la administración equitativa de justicia al margen del Estado y de todo sistema judicial, le otorga un peso trascendental que no encuentra rival. A raíz de la globalización económica, que es una realidad innegable del mundo actual, se ha manifestado con lucidez patética la ausencia de una globalización jurídica en el campo de contenciones transnacionales.

El rubro judicial internacional, no obstante una proliferación impresionante de tribunales verdaderamente internacionales, de superestados y otras autoridades y conglomerados políticos regionales, es cruelmente deficiente ante la ausencia de tribunales transnacionales capaces de ejercer competencia/jurisdicción entre entes privados ciudadanos de distintos soberanos necesitados de ventilar una contención de carácter y origen netamente internacional. Mientras que la globalización económica es monolítica y progresivamente goza de uniformidad, es predecible y tiene uniformidad en sus pautas, el panorama jurídico se encuentra fragmentado y totalmente carente de estos elementos. Es aquí en dónde precisamente se presenta el convenio arbitral, con toda su sencillez formal, a servir como puente temporal-histórico que colma el agujero de lo que debe propiamente ser una globalización jurídica. El convenio arbitral sirve entonces como un vehículo transicional entre un sistema de resolución de disputas internacionales quebrantado hacia lo que indefectiblemente será un andamiaje de globalización jurídica que, como su contraparte económica, aportará a la disciplina de resolución de disputas internacionales que ahora se encuentra en formación y transformación preceptos de uniformidad, previsibilidad y transparencia de pauta.

Este tomo publicado por el Instituto Peruano de Arbitraje bajo el cauteloso auspicio de su Presidente, doctor CARLOS SOTO COAGUILA, está a la altura del tema que pretende abordar no sólo porque comprende contribuciones de no menos de 122 autores distinguidos quienes representan a 16 países², sino también por razón de la calidad y variedad de vertientes a través de las cuales se perfilan las tantas aristas, muchas de las cuales están en plena transición doctrinal, que definen a este convenio tan *sui generis* -

² Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, España, Estados Unidos, Inglaterra, Italia, Francia, Guatemala, México, Panamá, Perú, Portugal, Uruguay y Venezuela.

cualidades únicas que hacen que el convenio arbitral sea prácticamente imposible de comparar con precepto jurídico o doctrinal alguno.

Resumir el aporte de la obra detallando las distintas contribuciones aquí aglutinadas, a parte de ser tedioso, escasamente podría hacerle justicia al esfuerzo. En términos generales; sin embargo, sí es posible, hasta cierta medida, perfilar un denominador en común compartido por todas las contribuciones. Los autores todos destacan el convenio arbitral como un instrumento jurídico que ocupa en la ciencia jurídica un espacio normativo muy singular. Éste, descubrimos en los escritos, supera una simple cláusula contractual. Su papel doctrinal es más parecido a un mandato constitutivo ya que funge como el pilar esencial del arbitraje. Es decir, el convenio arbitral, como mandato constitutivo, no sólo forja su objetivo sino también las normas esenciales conformes con las cuales ese objetivo ha de realizarse.

El carácter único y la función transcendental del convenio arbitral han sido nuevamente ratificados en el pronunciamiento más reciente de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el caso algo controvertido *Rent-A-Center, West, Inc., v. Jackson*³. En dicha opinión, la Corte Suprema, recalcando la particularidad de las características y naturaleza del convenio arbitral, observa que el tema legal específico a ser considerada es si “conforme con el *Federal Arbitration Act* (“FAA” o “Act”)⁴ un tribunal de primera instancia tiene la potestad para decidir si el convenio arbitral es un contrato leonino en situaciones en las cuales el convenio explícitamente le asigna esta potestad a un árbitro [y no al tribunal judicial]?” La Corte Suprema respondió a la interrogante en la negativa y, revocando el dictamen del tribunal de segunda instancia (la Corte de Apelación del Noveno Circuito de los Estados Unidos), observó que su propia jurisprudencia establece que la Corte Suprema “ha reconocido que las partes [a un convenio arbitral] disponen de la facultad para acordar llevar a un arbitraje [y no a tribunales judiciales] preguntas preliminares [“*gateway questions*”] relacionadas con la ‘arbitrabilidad’ [de una disputa], como lo serían las interrogantes sobre la medida en la cual las partes han acordado someter un tema a arbitraje o, incluso, si el convenio de arbitraje se extiende a un tema en particular”.

Ampliando sobre este precepto fundamental y contextualizando el mismo ante el caso en cuestión (que comprendía un convenio arbitral con

³ *Rent-A-Center, West, Inc., v. Jackson*, 130 S. Ct. 2772 (U.S., June 21, 2010), emitido el 21 de junio 2010.

⁴ El *Federal Arbitration Act* es la ley federal de arbitraje de Estados Unidos.

dos secciones, la primera que se limitaba a tratar “temas cubiertos por el convenio arbitral” y la segunda a “procedimientos de arbitraje”), la Corte Suprema reformuló el tema a ser considerado ante si de manera escueta y eficiente. Conforme lo articuló la Suprema Corte, la cuestión en tela de juicio se limita a una determinación de si el convenio arbitral es un contrato leonino en cuanto la primera sección del mismo (temas cubiertos por el convenio arbitral) y no la segunda sección que versa sobre temas de “delegación” (procedimientos de arbitraje). Visto desde esta perspectiva, concluyó la Corte Suprema, la pregunta a ser adjudicada es la siguiente. “¿Es valida la cláusula de delegación bajo la Sección 2 del FAA?”⁵

Siguiendo, a menos en forma si no en realidad en fondo, la jurisprudencia establecida por la propia Corte Suprema en los casos *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*⁶, *Buckeye Check Cashing, Inc., v. Cardegna*⁷ y *Preston v. Ferrer*⁸, la Corte Suprema dictaminó que una defensa contractual revocatoria esgrimida y dirigida hacia la *totalidad del contrato*, así sea éste un convenio arbitral, no es de ser determinada como cuestión preliminar por un tribunal judicial ya que la inviabilidad contractual no es atribuida específicamente a la cláusula de delegación del convenio arbitral. De manera que la caracterización del convenio arbitral en el caso *sub judice* como un contrato leonino, sin referencia explícita a la cláusula de delegación, es insuficiente a fin de privar a las partes de su libre voluntad de pactar dirimir disputas en un proceso arbitral respecto a la materia en cuestión. Este dictamen se espuma a pesar de que la jurisprudencia subyacente sobre la cual la opinión jurídica reposa trata sobre el tema de defensas contractuales a contratos que contienen una cláusula arbitral y en situaciones en las cuales la defensa aseverada se dirige al contrato principal y no al convenio arbitral. En los casos *Prima Paint*, *Buckeye Check Cashing Inc.* y *Preston*, el reto contractual se dirigía al contrato en su totalidad y no a la cláusula arbitral en el instrumento contractual, la cual se presumía ser válida por operación legal. Por tanto,

⁵ La Sección 2 del FAA reza:

Sección 2. Validez, irrevocabilidad, y ejecución de convenios de arbitrajes.

“Una cláusula escrita en cualquier transacción marítima o un contrato que manifieste una transacción comercial que aspire a resolver por medio de arbitraje una contención que pertenezca o involucre a dicho contrato o transacción..., o un acuerdo escrito a someter a arbitraje una contención que surja de o pertenezca a dicho contrato, transacción..., será valida, irrevocable y ejecutable salvo por aquellos preceptos que existan en la ley o equidad que conciernan la revocación de cualquier contrato”.

⁶ *Prima Paint Corp. v. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 U.S. 395, 403-404 (1967).

⁷ *Buckeye Check Cashing, Inc., v. Cardegna*, 546 U.S. 440, 444-445 (2006).

⁸ *Preston v. Ferrer*, 552 U.S. 346, 353-354 (2008).

como señala el voto salvado redactado por los jueces Stevens, Ginsburg, Breyer y Sotomayor, la defensa de revocación contractual ventilada en esos casos era de ser necesariamente determinada por el tribunal arbitral y no por un tribunal del orden judicial. En contraste, en el tema *Rent-A-Center, West, Inc.* la defensa de revocación contractual era dirigida a un convenio arbitral que en torno se dividía en dos cláusulas y, por ende, el tema es uno de arbitrabilidad a ser espumado como condición previa a los méritos. Materia que típica y clásicamente cae bajo la jurisdicción del órgano judicial.

Al tratar el convenio arbitral en *pari materia* con la legitimidad y legalidad de cualquier otra clase de contrato comercial, la Corte Suprema en efecto destaca el carácter extraordinario de un convenio arbitral, otorgándole en principio una legitimidad al proceso que limita la intervención judicial aún en cuanto a preguntas preliminares (“*gateway questions*”) típicamente reservadas a tribunales judiciales.

Aquí se resalta el hecho que el convenio arbitral, tal y como señalan a través de múltiples aristas los autores que han contribuido a esta obra, ocupa un espacio normativo y conceptual único y quizás hasta inefable si no se hace referencia al mismo convenio arbitral. La analogía del convenio arbitral a un mandato constitutivo puede servirnos como punto de partida a un tema de meditación que en este tomo se aborda a través de distintas prismas transnacionales por plumas cultas en diversos sistemas legales que le vierten un interés verdaderamente único a la obra que el Instituto Peruano de Arbitraje aquí nos ha presentado. Las distintas contribuciones nos conllevan a preguntarnos y a re-preguntarnos si en efecto el Búho de Minerva ha emprendido su vuelo.

Miami, enero de 2011.

PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA

Socio de DLA Piper, Miami

Catedrático en las Universidades de Navarra y Miami

ARGENTINA

LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL

FERNANDO AGUILAR (*)

SUMARIO: 1. *Presentación del tema.* 2. *Concepto de autonomía.* 3. *¿Quién juzga la nulidad del contrato?* 4. *Límites a la autonomía.* 5. *Las leyes aplicables.* 6. *Vigencia temporal autónoma.* 7. *¿Un contrato o dos contratos?* 8. *El arbitraje a-nacional.* 9. *Conclusión.*

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

- 1.1. El acuerdo arbitral se presenta solo, como un pacto¹ cuyo objeto es el de constreñir a las partes a solucionar sus discrepancias presentes o futuras mediante arbitraje, o como una cláusula dentro de un contrato destinado a crear derechos y obligaciones de contenido patrimonial. Además, es posible que el acuerdo arbitral surja de un contrato escrito por referencia a otro contrato o convenio que lo contiene.
- 1.2. El acuerdo arbitral posee diversos rasgos que lo indentifican, siendo algunos de sus aspectos singulares propios al mismo y no asimilables a

ninguno de los contratos nominados en los códigos civiles que derivan del derecho napoleónico. Uno de sus rasgos esenciales es su autonomía.

- 1.3. La autonomía de la cláusula arbitral alude a su inmunidad que la torna inexpugnable en caso de ataque a la validez del contrato en la que se encuentra inserta, o ante la impugnación restringida exclusivamente a la validez de la cláusula (1). En los contratos internacionales, la autonomía alude, además, a la ley aplicable a la cláusula arbitral que puede resultar distinta de la ley aplicable a las restantes cláusulas del contrato que la contiene (2). La autonomía de la cláusula arbitral puede también

(*) Director de Procedimientos del Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio, CEMARC. Director del Comité Argentino de Arbitraje Nacional y Transnacional (CARAT).

¹ Las palabras acuerdo, convenio, cláusula o pacto será utilizadas en el presente en forma indistinta.

calificar los efectos jurídicos de la cláusula que perviven con independencia de la vigencia del contrato correspondiente (3).

- 1.4. En el presente trabajo analizaremos el concepto de autonomía en sus tres vertientes, su razón de ser, sus efectos, y sus límites.

2. CONCEPTO DE AUTONOMÍA

- 2.1. Para el diccionario, el término “autonomía” refiere a “la facultad de una comunidad humana de gobernarse a sí misma, mediante sus leyes propias”², es decir, a la potestad de regularse a sí mismo sin dependencia de otro sujeto o persona. Cuando calificamos de autónoma a la cláusula arbitral aludimos, en primer lugar, a su ‘separabilidad’³ del contrato que la contiene. Esta independencia de la cláusula arbitral procura mantener su eficacia frente a los embates de alguna de las personas que fueron parte en el acuerdo, o que razonablemente deben reputarse alcanzadas por el mismo por haberlo

aceptado en forma tácita, y que luego utilizando para ello una demanda de nulidad del contrato o de la cláusula arbitral⁴, pretende desligarse unilateralmente de alguna de las dos obligaciones fundamentales que emanan del mismo, a saber, (i) la obligación de someter a arbitraje las discrepancias que se reputen abarcadas por el convenio, y (ii) la obligación de aceptar y cumplir voluntariamente el laudo de acuerdo con sus términos.

- 2.2. La autonomía, en su segunda vertiente, constituye una pauta de interpretación de la ley aplicable cuando se trata de un contrato internacional y el lugar de la sede del arbitraje no coincide con la ley que las partes han elegido, ejerciendo su discreción negocial, para regir el contrato. En definitiva, esta vertiente alude a la distinción que puede presentarse entre leyes aplicables a la cláusula arbitral y al contrato o relación jurídica que la contiene, y tiene importancia, por ejemplo, cuando cierta materia resulta arbitrable en el derecho nacional de un país, cuya ley las partes han elegido para su aplicación

² CHARNY, Hugo. En: *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Tomo I. Buenos Aires, 1984, p. 961

³ SANTOS BELANDRO, Ruben B. *Seis Lecciones sobre el Arbitraje Privado (interno e internacional)*. Montevideo: AEU, 2002, p. 74. REDFERN, Alan y Martín HUNTER, Nigel Blackaby, y Constantine Partasides. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. 4ta Edición. Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 257.

⁴ En el presente capítulo utilizaremos los términos “nulidad”, “inexistencia”, e “invalidez” como sinónimos aunque reconocemos que es posible hallar diferencias entre los mismos, tanto conceptuales como en cuanto a sus respectivos efectos y alcances. Tampoco distinguiremos entre recurso de nulidad y demanda de nulidad, también diferenciables en distintos ordenamientos jurídicos, a fin de mantener el presente capítulo dentro de una extensión razonable, y debido a que el análisis de tales distinguos conceptuales, propios a los distintos ordenamientos jurídicos nacionales, nos llevaría a una casuística alejada del tema central.

a los derechos emergentes del contrato, y no es arbitrable en el país de la sede del Tribunal arbitral. La selección de la ley aplicable a la cláusula y al procedimiento arbitral determinará, en tal caso, la validez o nulidad de la cláusula arbitral. En su versión extrema, la autonomía normativa postula la total desvinculación o ‘deslocalización’ de la cláusula arbitral y, por ende, del procedimiento arbitral, respecto de cualquier ordenamiento jurídico nacional.

- 2.3. En tercer lugar, la autonomía de la cláusula arbitral alude a su existencia como obligación válida y exigible a las partes con independencia de la vigencia del contrato que la incluye, ya sea porque afecta a discrepancias originadas antes de la fecha de inicio de la vigencia del contrato, o porque resulta operativa y exigible luego de la rescisión del contrato o de la extinción del plazo contractual.
- 2.4. En definitiva, predicando la autonomía de la cláusula arbitral se procura mantener su eficacia preceptiva, es decir, se pretende afirmar el principio básico reconocido como norma universal enunciada por los clásicos en tres palabras *pacta sunt servanda*, que

implica el respeto a la libertad de la declaración conjunta, válida y vinculante de voluntad negocial.

- 2.5. En especial, la autonomía es congruente y se desprende de la sustancia del acuerdo arbitral, que radica en el consentimiento mutuo prestado por las partes para sustraer la solución definitiva de una controversia jurídica de los jueces que puedan resultar con competencia según la ley del Estado correspondiente, y permite respetar la delegación de jurisdicción a favor de árbitros elegidos por las partes, según resulte de los términos del convenio arbitral. En tal sentido, la autonomía es considerada hoy un principio fundamental del arbitraje moderno⁵.

3. ¿QUIÉN JUZGA LA NULIDAD DEL CONTRATO?

- 3.1. Fuera de los casos excepcionales en los que hipotéticamente puede existir una causa justa para impugnar la validez de una cláusula arbitral⁶, cuando una parte en un convenio arbitral ha perdido interés en someter sus diferencias a arbitraje puede suponerse que no confía en que el derecho la asiste.

⁵ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. En: (Directores: SILVA ROMERO, Eduardo y Fabricio MANTILLA ESPINOSA). *El Contrato de Arbitraje*. 1ra Edición. Bogotá: Legis, 2005, p. 101. RIVERA, Julio C. *Arbitraje Comercial, Internacional y Doméstico*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007, p. 101; CRAIG, W. Laurence, William W. PARK y Jan PAULSSON. *International Chamber Of Commerce Arbitration*. 3ra Edición. Oceana, p. 48 “*This autonomy (or severability) of the arbitration clause is a conceptual cornerstone of international arbitration*”.

⁶ Por ejemplo, cuando la controversia planteada no es arbitrable bajo la ley de la sede.

Ello porque la motivación más común para intentar desligarse de la cláusula arbitral es la sospecha de que el laudo le resultará por alguna razón menos favorable que la sentencia del juez que hubiera sido competente si no se hubiese pactado el convenio arbitral, o que la condena alcanzada mediante arbitraje llegará mucho más rápido. Así, impugnando la validez del contrato (o de la cláusula) puede ‘comprar’ tiempo o financiación, ciertamente a un costo elevado, por la vía de someter este planteo a la decisión de un juez estatal, en violación de la cláusula arbitral pactada.

- 3.2. Los abogados podrían aconsejar a una parte que tenga esas intenciones que ataque la validez del contrato o pretenda la declaración de nulidad restringida a la cláusula arbitral, y que lo haga en sede judicial antes de consentir la jurisdicción arbitral; no obstante, el riesgo considerable de costos implicado. Es que, siendo el laudo inapelable, una vez que el mismo contenga la sentencia condenatoria podría resultar demasiado tarde para intentar remediar este resultado adverso.
- 3.3. La posibilidad de dilucidar ante un juez estatal la nulidad de todo el contrato que contiene una cláusula arbitral, o solamente la nulidad de la cláusula, es insatisfactoria por varias razones fuera de los costos implicados. En primer lugar, porque ello destruye el principio básico antes aludido de respeto a la fuerza

vinculante de los contratos, ya que sería extremadamente sencillo presentarse ante cualquier juez competente invocando una nulidad para despojar de jurisdicción al árbitro. Sin embargo, resulta evidente que, cuando las partes acordaron someter sus conflictos a su juzgamiento por árbitros tuvieron el propósito de sustraer dicha decisión fuera del ámbito de la administración estatal de justicia de todos los países con puntos de contacto con el contrato, y dicho sea de paso, consideraron que el laudo sería la solución definitiva del caso, y no sería una nueva fuente de litigios.

- 3.4. Además, resulta hoy de los distintos documentos emanados de la CNUDMI, tales como la Ley Modelo, o el Reglamento de arbitraje, y de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá 1975, y de otros numerosos arreglos, protocolos y tratados multilaterales o bilaterales, que para la comunidad internacional conformada por casi la totalidad de los países del planeta, el arbitraje es deseable y resulta recomendable su reconocimiento y utilización. Por lo mismo, las posturas doctrinarias que tienden a menoscabarlo gozan del rechazo de la comunidad jurídica de prácticamente todas las naciones que mantienen alguna presencia significativa en el intercambio

- internacional de bienes o de servicios.
- 3.5. En tercer lugar, porque el arbitraje es hoy generalmente considerado en el comercio internacional como el modo habitual de resolver pacíficamente los conflictos entre empresas o personas de nacionalidad distinta, y también entre Estados y personas extranjeras cuando se trata de arbitraje de inversión.
 - 3.6. Con ello, las posturas que favorecen el derecho de los comerciantes, o de los Estados en sus contratos, de someterse a un tribunal arbitral para la solución de sus disputas desplazando así a la administración de justicia estatal, son generalmente vistas como positivas para incentivar el tráfico internacional de bienes y servicios, y de ese modo contribuir a incrementar la riqueza de las naciones.
 - 3.7. Ello, sin duda, es así en tanto es común entre los agentes del comercio internacional experimentar cierto resquemor ante la eventualidad de quedar supeditados a los jueces de algún Estado extranjero, y a los vericuetos de una ley procesal desconocida, en especial cuando el negocio implica un contrato precisamente con ese mismo Estado en cuyo territorio se realizará la inversión extranjera. La preferencia por un tribunal 'neutral' es razonable en tales circunstancias⁷.
 - 3.8. Debido a estas razones de política legislativa, cuando las partes han pactado que todas sus diferencias deben ser resueltas por arbitraje nada justifica que se pretenda excluir algunas de ellas, a saber, las posibles discrepancias sobre la validez o nulidad del contrato o de la cláusula arbitral. Es decir, si la voluntad conjunta de las partes expresada con claridad meridiana en el convenio arbitral es someter la totalidad de sus discrepancias emanadas de una relación jurídica a arbitraje, corresponde que se considere incluido el litigio referido a la eventual nulidad del contrato o de la cláusula en él contenida.
 - 3.9. Por todo ello, son los árbitros elegidos por las partes quienes deben resolver la alegación de nulidad del contrato en el que las mismas han incluido una cláusula arbitral o si se pretende impugnar la validez de la misma cláusula. De este modo, la sentencia arbitral será válida y vinculante para las partes del convenio respectivo pese a que la decisión puede consistir en la declaración de nulidad del contrato del que extrae el árbitro su jurisdicción. Este principio, conocido en doctrina como competencia de la competencia es presentado frecuentemente como un corolario del principio de autonomía del acuerdo arbitral⁸ e implica, en su

⁷ REDFERN, Alan y Martín HUNTER. *Op. cit.*; p. 85

⁸ FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN. *On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law, 1999, p. 213.

faz negativa, que los jueces deben abstenerse de juzgar la validez del contrato o de la cláusula, cuando el mismo contiene una cláusula de arbitraje que no resulte nula, ineficaz o inaplicable⁹.

- 3.10. Ahora bien, esta solución choca a primera vista con la lógica formal a la que tanto apego tenemos los profesionales del derecho habituados a los silogismos de la ley escrita. En efecto, podría sostenerse que si el tribunal arbitral llegase a declarar la nulidad del contrato, incluyendo la cláusula arbitral en él contenida, estaría negando *ab initio* su propia autoridad o la fuente de su jurisdicción para resolver el caso. Es decir, dicha decisión sería una decisión “inexistente” para cualquier ordenamiento jurídico. En otras palabras, la nulidad del contrato que contiene la cláusula arbitral –o en su caso, la nulidad restringida a la cláusula de arbitraje– arrastraría la nulidad del arbitraje y borraría la legitimidad del procedimiento arbitral y la autoridad jurisdiccional del árbitro que la disponga. Ello debido al “efecto dominó” que se deriva por concatenación lógica a partir de la declarada nulidad del acuerdo base, o de la cláusula correspondiente. Si esta valla lógica no fuera superada, únicamente un juez con competencia emanada de la ley aplicable podría contar con jurisdicción para dictar una

sentencia nulificante con valor preceptivo. Pero, en ese caso, la congruencia lógica lograda debería pagar un alto precio axiológico, ya que no se estaría reconociendo valores de superior entidad, tales como lo son la necesidad de respetar la declaración de voluntad conjunta de las partes, y los principios emanados de documentos emitidos por la comunidad de naciones organizadas favorables al arbitraje, ni se favorecería el comercio internacional. La misma reflexión cabe para el arbitraje doméstico, ya que también en el campo de los arbitrajes locales resulta necesario proteger la eficacia del acuerdo arbitral, ya que con ello se favorece el acceso a la justicia, el comercio local y se alivia aunque fuere en mínima parte, a los tribunales estatales colapsados por la cantidad de casos que reciben.

- 3.11. Esta vertiente de la autonomía, centrada en el propósito general de favorecer el arbitraje tanto doméstico como internacional como método de solución pacífica de controversias patrimoniales frente a una alegación de nulidad del contrato o de la cláusula arbitral, ha sido gradualmente aceptada por distintos ordenamientos positivos y por la jurisprudencia de los jueces de distintos Estados nacionales así como por distintos organismos internacionales.

⁹ Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales extranjeras, 1958, Artículo II, 3. Ley Modelo CNUDMI, artículos 8.1 y 16 (1).

- 3.12. Como ejemplo se puede citar el Reglamento de arbitraje CNUDMI¹⁰, que esa Comisión propone a la comunidad de naciones como deseable, y que en su Artículo 21º establece lo siguiente:

“Artículo 21

1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de las objeciones de que carece de competencia, incluso las objeciones respecto de la existencia o la validez de la cláusula compromisoria o del acuerdo de arbitraje separado.
2. El tribunal arbitral estará facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria. A los efectos del artículo 21, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente Reglamento se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la invalidez de la cláusula compromisoria.
3. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá ser opuesta a más tardar en la contestación o, con respecto a una reconvencción, en la réplica a esa reconvencción.
4. En general, el tribunal arbitral deberá decidir, como cuestión previa, las objeciones relativas a su competencia. Sin embargo,

el tribunal arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo final”.

- 3.13. Son numerosos los países que han adoptado en su legislación en materia de arbitraje internacional los principios contenidos en el proyecto de Ley Modelo también propuesto por la CNUDMI, o en textos sustancialmente análogos. La Ley Modelo CNUDMI¹¹ dispone en esta materia lo siguiente:

“Artículo 16. Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia.

1. El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria.
2. La excepción de incompetencia del tribunal arbitral deberá oponerse a más tardar en el momento de presentar la contestación. Las partes no se verán impedidas de oponer la excepción por el hecho de que hayan designado a un árbitro o participado en su designación. La excepción basada en que el tribunal arbitral ha excedido su mandato deberá oponerse tan pronto como se plantee durante las

¹⁰ Resolución 31/98, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de diciembre de 1976.

¹¹ Ley Modelo CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional (aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006).

actuaciones arbitrales la materia que supuestamente exceda su mandato. El tribunal arbitral podrá, en cualquiera de los casos, estimar una excepción presentada más tarde si considera justificada la demora.

3. El tribunal arbitral podrá decidir las excepciones a que se hace referencia en el párrafo 2) del presente artículo como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente conforme al artículo 6 que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo”.

- 3.14. En el Perú, la Ley General de Arbitraje N° 26572, en sus Artículos 14° y 106° consideró al convenio arbitral como un contrato independiente o autónomo¹². La ley fue modificada por el Decreto Leg. 1071°, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 28 de junio de 2008, cuyo artículo 3° dice:

“Principios y derechos de la función arbitral.

1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros”.

- 3.15. En aquellos países que no cuentan con leyes generales basadas en los principios establecidos por la CNUDMI, de todos modos, con frecuencia sus tribunales los han citado y aplicado considerando que se trata de principios generales universalmente aceptados. Tal es el caso de Argentina, por ejemplo, donde los tribunales han tenido ocasión de decidir el punto haciendo aplicación del principio de autonomía de la cláusula arbitral. Así, se ha dicho que: “En este ámbito, el principio referido de la autonomía de la cláusula compromisoria es internacionalmente admitido y como tal incorporado a la ley modelo sobre arbitraje, comercial internacional, adoptada por la Comisión de las Naciones Unidas sobre el derecho mercantil internacional el 21 de junio de 1985 (BOGGIANO A., “Derecho

¹² CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Fondo Editorial de la UPC. Lima, 2007, p. 120.

internacional privado”, t. III, cap. XXVI, p. 303). El artículo 16.1 de dicha ley modelo, establece: a) la facultad del tribunal arbitral al resolver sobre su propia competencia; b) la naturaleza autónoma de la cláusula compromisoria, que es una cláusula distinta de las restantes cláusulas del contrato. Esta ley no ha sido adoptada en la República Argentina, pero habida cuenta que refleja los principios generalmente admitidos en la materia, puede ser tenida en cuenta a efectos de integrar la carencia de una norma nacional específica¹³. Este principio fue confirmado en el caso *Bear Service c. Cervecería Modelo S.A.*, entre otros¹⁴. En Estados Unidos en el caso *Prima Paint vs. Flood & Conklin*¹⁵ la Corte Suprema de Justicia consagró la separabilidad afirmando que aún en el caso de que el contrato haya sido celebrado en virtud de fraude la cláusula de arbitraje no se ve privada de valor, salvo que se impugne específicamente a la cláusula alegando fraude¹⁶.

3.16. El concepto de autonomía no es confundible con la noción de competencia de la competencia aunque ambos sirven para impedir que una parte paralice el procedimiento de arbitraje antes de que comience. William PARK distingue ambos, señalando que la autonomía alude a que el acuerdo no resulte contaminado por los defectos del contrato principal que podrían propagarse a la facultad jurisdiccional del árbitro. En tanto la doctrina de la *compétence-compétence* permite al árbitro remediar debilidades atribuidas a la cláusula arbitral propiamente dicha. Análogamente se expresa SILVA ROMERO, cuando afirma que ambos principios son distintos y complementarios¹⁷.

3.17. En nuestra opinión, el concepto de autonomía permite blindar la cláusula arbitral a fin de permitir que el árbitro mantenga su jurisdicción aún en caso de impugnación de la validez del contrato base o de la cláusula arbitral, en tanto que la noción de competencia de la

¹³ CNCom (SalaE), 26/09/1988, Welbers S.A., Enrique C. c. Extraktionstechnik Gesellschaft Fur Anlagenbav M. B. M., LL 1989-E, con nota de Antonio Boggiano; LL 1989-E, 304 “Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Internacional Privado y de la Integración”. (Director: Sara L. Feldstein de Cárdenas). Editorial LA LEY, 2004 con nota de Vera María Báez Peña Wirth. “Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho Internacional Privado y de la Integración”. (Director: Sara L. Feldstein de Cárdenas). Editorial LA LEY, 2004, 537DJ1990-2, 352.

¹⁴ *Bear Service c. Cervecería Modelo S.A.*, LL 2002-D-7; ED 197-554. Ver: RIVERA, Julio C. *Op. cit.*; p. 194.

¹⁵ *Prima Paint Corp. vs. Flood & Conklin Mfg. Co.*, 388 US 395 (1967). REDFERN, Alan y Martín HUNTER. *Op. cit.*; p. 259.

¹⁶ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Op. cit.*; p. 81.

¹⁷ PARK, William W. “The Arbitrability Dicta in First Option v. Kaplan”. En: *The Journal of the London Court of International Arbitration*. Volume 12. Number 2, 1996, p. 154. Ver: SILVA ROMERO, Eduardo. *Op. cit.*; p. 581.

competencia al conceder a los árbitros prelación temporal para decidir les permite conservar su competencia al menos inicial, frente a un tribunal estatal que reclame para sí la facultad de resolver este mismo tema. La diferencia se ve claramente si imaginamos el caso donde un tribunal estatal es llamado a juzgar sobre lo ya decidido por un tribunal arbitral, por ejemplo, durante la instancia de ejecución judicial del laudo, y al hacerlo el juez deriva de la autonomía de la cláusula arbitral sus argumentos para reconocer la validez de lo actuado antes por el árbitro.

- 3.18. Por lo demás, es del caso señalar que la doctrina de la compétence-compétence posee distintos alcances según el país de que se trate. (i) En su formulación británica, los árbitros no deben detener el arbitraje para confiar la decisión relativa a su jurisdicción a un tribunal judicial. Sin embargo, esta decisión se encontraría sujeta a revisión por los tribunales en cualquier momento ya sea frente a una demanda por cumplimiento de la cláusula arbitral o dentro del contexto de una demanda judicial paralela para decidir sobre el fondo de la disputa; (ii) para el modelo francés, si el árbitro ha prevenido, la misma doctrina permite demorar el inicio de las actuaciones judiciales hasta que el laudo resuelva el punto. De no

haberse iniciado el procedimiento arbitral, el tribunal únicamente podría conocer si el acuerdo arbitral resulta manifiestamente nulo; (iii) La ley suiza permite al árbitro juzgar sobre su propia jurisdicción, en general, mediante una resolución interlocutoria. Las objeciones sobre jurisdicción deben oponerse antes que cualquier argumento sobre el fondo. Sin embargo, un tribunal estatal puede proceder a examinar la validez de la cláusula arbitral, al menos *prima facie*¹⁸.

4. LÍMITES A LA AUTONOMÍA

- 4.1. Toda decisión de un tribunal arbitral respecto a su jurisdicción se encuentra sujeta a posterior revisión por algún tribunal judicial¹⁹. Es decir, la pregonada competencia de la competencia concebida como la consecuencia de la autonomía, en su primera vertiente aquí analizada, no es más que una cualidad transitoria correspondiente al convenio arbitral. En efecto, en caso de ejecución judicial del laudo, si una de las partes plantea la nulidad del contrato o de la cláusula, será el juez del Estado respectivo el que deberá decidir en definitiva dicho planteo.
- 4.2. Por lo demás, es común que la renuncia a impugnar el laudo que contienen casi todos los acuerdos

¹⁸ PARK, William W. *Op. cit.*; p. 149.

¹⁹ Ver: REDFERN, Alan y Martín HUNTER. *Op. cit.*; p. 376.

arbitrales salvo raras excepciones, puesto que es una de las condiciones que les confiere ventajas frente al proceso judicial, no incluye y muchas veces expresamente excluye la demanda o recurso de nulidad del laudo que frecuentemente pretende fundarse sobre la alegada nulidad o inexistencia del acuerdo arbitral, y es en dicha instancia de recurso judicial no renunciado en la que podrían los jueces examinar nuevamente la validez de la cláusula arbitral.

- 4.3. La transitoriedad del principio de competencia de la competencia no desmerece la importancia de la autonomía, ya que ésta, según dijimos, resulta una condición indispensable para asegurar la efectividad de la delegación de jurisdicción a los árbitros.
- 4.4. En definitiva, todos los Estados mantienen su derecho a pronunciar su última palabra, en tanto se requiera del Estado de la sede o del lugar de ejecución del laudo, en su caso, la ‘coercio’ necesaria para la ejecución compulsiva del mismo. Sin embargo, las reglas no son uniformes en este punto. Típicamente los autores resaltan las diferencias entre la Ley Modelo y el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).
- 4.5. Según la Ley Modelo, artículo 16, arriba transcripto, si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera

de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable. Mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo. Es decir, en este caso, ante la decisión afirmativa sobre su propia competencia del tribunal arbitral, la Ley Modelo autoriza a las partes a solicitar ante un juez estatal que resuelva nuevamente lo ya decidido por el tribunal arbitral, y mientras ello sucede, ambos procesos coexisten y pueden avanzar.

- 4.6. Por otro lado, el Reglamento de Arbitraje de la CCI, profusamente utilizado en materia de arbitraje internacional, establece en su Artículo 6-2, *in fine* que las partes se encuentran autorizadas para requerir una nueva decisión ante un tribunal estatal si la Corte Internacional considera que los términos de la cláusula de arbitraje no remiten en forma unívoca al procedimiento arbitral y decide no proseguir el arbitraje. Es decir, para que puedan solicitar la nulidad del acuerdo ante la sede judicial sin violar el mismo, las partes deben reclamar primero ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, y si la decisión resulta contraria a la competencia arbitral, recién podrían acudir a los tribunales.
- 4.7. En el primer caso, la parte que pretende la nulidad del contrato ve

habilitada la vía de impugnación ante el tribunal judicial si la decisión de los árbitros es afirmativa de su competencia. Por el contrario, en el Reglamento de la CCI, dicha acción puede intentarse si los árbitros resuelven no proseguir con el arbitraje.

- 4.8. Es común que los reglamentos del procedimiento arbitral contengan la obligación para la parte demandante de acompañar a su presentación inicial el texto de la cláusula arbitral invocada. De modo que la institución que recibe la demanda tiene la oportunidad de examinar la cláusula arbitral apenas iniciado el proceso, y decidir si se desprende del texto utilizado la voluntad conjunta de las partes de confiar en un árbitro la decisión de cualquier discrepancia emanada del tribunal. Dicho análisis liminar en los arbitrajes *ad hoc* será efectuado por el propio tribunal arbitral.
- 4.9. ¿Pero qué sucede si de los términos redactados por las partes no surge el propósito compartido de pactar el arbitraje, o resultan tan defectuosos que no puede leerse en ellos la existencia de una coincidencia de voluntades? Toda vez que, interpretando la cláusula con criterio amplio, resulte *prima facie* la nulidad, inexistencia o imposibilidad de ejecutar el acuerdo arbitral, o no surja con claridad

que la voluntad conjunta de las partes es confiar la solución de sus diferencias sobre derechos de contenido patrimonial a la decisión de un tribunal arbitral, ya sea el tribunal o el juez estarán autorizados a declarar la inexistencia o nulidad del convenio arbitral. En tal caso, el tribunal estatal que hubiera sido competente de no haberse pactado el arbitraje poseerá la competencia para oír el caso²⁰. En otras palabras tanto la Convención de Nueva York 1958 (artículo II-3), como la Ley Modelo CNUDMI (artículo 8.1) trazan un límite al principio de autonomía cuando el convenio de arbitraje invocado no se encuentra configurado realmente sino que es apenas una mera apariencia, o el asunto no puede ser resuelto mediante arbitraje (Convención de Nueva York, 1958, artículo II-1). La interpretación a favor de la validez de la cláusula en caso de duda, requerido por la doctrina es todavía, lamentablemente, con frecuencia reemplazado por pautas restrictivas para el arbitraje basadas en viejos dogmatismos que pugnan por sobrevivir, aún cuando ya no reflejan los hábitos de los comerciantes.

- 4.10. En ausencia de todo acuerdo arbitral, suelen existir más de un tribunal estatal con vocación para sentenciar el caso, en concordancia con sus propias leyes. Ello puede

²⁰ FERNÁNDEZ ARMESTO, Juan. "Artículo II.3: La remisión de las partes al arbitraje". En: (Directores: TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo) *El Arbitraje Comercial Internacional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, pp. 300/302.

dar lugar a eventuales conflictos de juicios simultáneos que pretendan tramitarse ante los tribunales de distintos Estados. Cuando existe un arbitraje en marcha la contienda de competencias puede resultar aún más complicada si los jueces ignoran el principio de autonomía, y su corolario relativo a la competencia del árbitro para decidir sobre los alcances de su jurisdicción en forma anticipada, aunque esta decisión pueda ser revisada durante la etapa de ejecución del laudo. La situación de coexistencia de juicios simultáneos, si bien transitoria, puede durar un tiempo más que prolongado cuando se involucran tribunales de distintos países y no existe debido reconocimiento al principio de autonomía.

5. LAS LEYES APLICABLES

- 5.1. Si bien existen distintos criterios para considerar que un contrato es internacional, en la práctica es raro que se presenten confusiones, ya que –por lo general– resulta bastante claro cuando un contrato posee elementos de extranjería que autorizan a considerarlo un contrato internacional.
- 5.2. Así, por ejemplo, el artículo 1, 3) de la Ley Modelo CNUDMI establece distintos criterios entre los cuales prevalece el lugar de residencia de las partes al momento de la celebración del contrato.
- 5.3. Es un rasgo de los contratos internacionales que las partes

pueden elegir la ley que será aplicable “al fondo”, es decir, podrán pactar el marco jurídico dentro del que se encuadrarán los derechos y obligaciones emergentes del contrato. Sin embargo, la *lex arbitri* o normas procesales no dependerán enteramente de la voluntad de las partes sino, más bien, de la sede elegida para el arbitraje. De todos modos, cuando se trata de la ley que regirá el procedimiento de arbitraje, a la par de normas que son consideradas indisponibles por las partes en la sede elegida, que las partes no pueden derogar, existen otras reglas procesales contenidas en la ley que permiten determinadas opciones procesales. Así, por ejemplo, se admite por lo general en los códigos de procedimientos en materia civil y comercial que las normas que regirán el procedimiento de arbitraje pueden ser acordadas por las partes libremente, salvo algunos pocos preceptos que son considerados universalmente como inderogables. Tales, por ejemplo, la necesidad de comunicar al demandado la existencia del reclamo, la paridad del trato, y la oportunidad razonable que ambas partes deben tener para exponer su caso. El conjunto de normas fijas e inderogables se reduce al concepto de derecho de defensa en juicio enunciado en la Ley Modelo CNUDMI, como sigue:

“Artículo 18. Trato equitativo de las partes. Deberá tratarse a las partes

con igualdad y darse a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos”.

- 5.4. Cuando el derecho elegido por las partes para regir las obligaciones emergentes del contrato es distinto del derecho vigente en la sede del arbitraje, la cláusula arbitral se presenta como legalmente autónoma del contrato en el que se encuentra inserta. En tales casos, no solamente las normas procesales aplicables son distintas y complementarias de las normas de fondo—distinción que alude al derecho procesal de la sede como rama específica respecto del régimen general del derecho civil—sino que además puede resultar una distinción de sistemas jurídicos, ya que los árbitros en tales casos deberán aplicar la ley extranjera elegida por las partes, en lugar de la ley de fondo que rige en la sede. En cuanto al encuadramiento legal procesal, aplicarán en primer lugar el reglamento que la partes hayan indicado y únicamente las leyes procesales que resulten inderogables en la sede del arbitraje.
- 5.5. En consecuencia, cuando se trata de analizar la validez, nulidad o alcances de la cláusula arbitral, los árbitros deben, en primer lugar atender al reglamento o normas procesales que las partes hayan convenido, tomando en cuenta únicamente aquellas normas procesales de la sede que resulten inderogables.
- 5.6. Si las partes nada pactaron, cabe preguntarse si los árbitros pueden

con independencia de las normas procesales de la sede, aplicar otras soluciones al procedimiento en sí. En principio, reglamentos de arbitraje como el de la CCI otorgan a los árbitros amplias facultades para decidir aplicando supletoriamente la ley procesal de la sede o cualquier otra norma que consideren apropiada, con el límite, ya señalado, del orden público procesal de la sede. El artículo 15 del Reglamento CCI dice: “El procedimiento ante el Tribunal Arbitral se regirá por el Reglamento y, en caso de silencio de éste, por las normas que las partes o, en su defecto, el Tribunal Arbitral determinen ya sea con referencia o no a un derecho procesal nacional aplicable al arbitraje”.

- 5.7. Con ello resulta claro que la autonomía de la cláusula arbitral se presenta también en cuanto a las normas jurídicas aplicables a la misma, que se distinguen del ordenamiento jurídico elegido por las partes aplicable a los derechos y obligaciones emergentes del contrato, en especial, cuando el derecho elegido por las partes no es el derecho del país de la sede.

6. VIGENCIA TEMPORAL AUTÓNOMA

- 6.1. Ocurre en ciertos casos que los motivos que ocasionan la discrepancia sujeta a solución mediante arbitraje remiten a hechos ocurridos antes de la fecha de

vigencia del contrato que contiene la cláusula arbitral, o luego de su terminación. Un ejemplo paradigmático y frecuente son los reclamos por perjuicios sufridos con motivo de la terminación abusiva de un contrato, y que son sufridos por la parte demandante con posterioridad a la rescisión del contrato pero se producen como consecuencia de dicha rescisión abusiva, es decir, cuando el contrato ha cesado de existir.

- 6.2. Las cláusulas de arbitraje, por lo común, omiten toda referencia al plazo de su vigencia. Ello es natural, ya que las partes al aceptar de común acuerdo el convenio de arbitraje, ignoran cuando será el momento de iniciar el procedimiento de solución del conflicto, aún cuando se trate de un acuerdo específico para la solución de un conflicto nacido antes del pacto arbitral.
- 6.3. El plazo de vigencia de la cláusula arbitral no debe confundirse con el plazo, que con frecuencia consignan las partes en sus acuerdos, para que el tribunal arbitral emita su laudo final. Por otro lado, las partes pueden perfectamente limitar el plazo para iniciar el arbitraje luego de producido el hecho sobre el que basa su derecho, por ejemplo hasta seis años contados desde que se produjo el evento o controversia²¹. También las partes son libres de limitar el plazo para iniciar la ejecución del laudo en sede judicial,

es decir, pueden limitar la vida útil del laudo.

- 6.4. Ante el silencio del convenio arbitral sobre el plazo de su vigencia, con cierta frecuencia una parte pretende alegar el agotamiento de la cláusula arbitral por vencimiento o terminación del contrato o relación jurídica que la motivó. En tales casos se suele recurrir al principio de accesoriedad (“lo accesorio sigue la suerte de su principal”), y se afirma que siendo el derecho a requerir la solución arbitral accesorio o una parte de un contrato principal, extinguido el contrato (o si aún no hubiera comenzado su vigencia) por fuerza de una lógica elemental, debe considerarse extinguido o inexistente también el convenio arbitral.
- 6.5. Sin embargo, los árbitros tienen dicho cada vez que se enfrentan con esta clase de argumentos, que merced a la autonomía de la cláusula arbitral esta se mantiene fuera del plazo de vigencia del contrato, en especial, cuando su redacción, en términos amplios, abarca las discrepancias concomitantes o relacionadas con el contrato.
- 6.6. Es por ello que las fórmulas consagradas por los reglamentos de más frecuente uso, tales como la cláusula CCI: “Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste (...)” [en inglés “*All disputes*”

²¹ PARK, William W. “When and why arbitration matters”. En: *The Commercial Way to Justice*. Holanda: G. Beresford Hartwell (ed.), 1997, p. 87.

arising out of or in connection with the present contract (...)”, resulte recomendable. Con ello se pretende abarcar también las reclamaciones por daños emergentes de la abusiva terminación del contrato.

- 6.7. Los casos de reclamos por hechos anteriores a la vigencia no son tan frecuentes. Para que resulten arbitrables debe tratarse de hechos alegados que guarden una inextricable relación con las condiciones de contratación o con la negociación previa a la firma del contrato.
- 6.8. También puede presentarse el caso en el que la cláusula de arbitraje se encuentra inserta en un contrato con un plazo de vigencia determinado, y la discrepancia objeto del arbitraje surge a partir de otro contrato que remite a la cláusula arbitral incluida en el contrato anterior, aunque eventualmente el plazo de éste último pueda encontrarse extinguido al comienzo del procedimiento arbitral.
- 6.9. Es que para que un árbitro pueda entender en la discrepancia planteada por las partes, inclusive cuando la misma se centra en la existencia del acuerdo o en la interpretación del plazo de vigencia del acuerdo arbitral, los árbitros sienten por lo común la necesidad de postular que el acuerdo arbitral subsiste con independencia del plazo del contrato que lo contiene.

7. ¿UN CONTRATO O DOS CONTRATOS?

- 7.1. No debería sorprender que a la luz de estas distintas vertientes de la autonomía, los autores satisfagan sus ansias de congruencia lógica (y hasta de estética jurídica) postulando que el verdadero fundamento de tanta independencia radica en que la cláusula arbitral es un contrato distinto al contrato en que se encuentra inserto²².
- 7.2. Si tomamos en cuenta que un contrato *stricto sensu* es un acto jurídico bilateral destinado a crear derechos y obligaciones creditorios entre las partes y, en cambio, el acuerdo de arbitraje no produce alteraciones patrimoniales (salvo meramente marginales como la obligación de soportar costos y honorarios de los árbitros), sino que es un acuerdo de contenido esencialmente procesal, cuyo objeto es característico y distinto de las prestaciones propias a un contrato en sentido restringido, y que además presenta efectos que alcanzan a terceros independientes, como lo son los árbitros respecto de las partes²³, o la institución de arbitraje designada por ellas, no debería sorprender que ciertos autores postulen como razón suficiente para tanta autonomía la separación total y completa del acuerdo arbitral, ya sea que se muestre inserto en

²² REDFERN, Alan y Martín HUNTER. *Op. cit.*; p. 258.

²³ Sobre la separabilidad de la cláusula en la relación de las partes con los árbitros ver: CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *Op. cit.*; p.100.

el documento contractual o en un documento separado, y consideren entonces como más lógico y prolijo que se trata en ambos casos, bien mirados, de dos contratos en lugar de uno. Ello allana el camino para explicar con naturalidad la razón de ser de la autonomía, separabilidad, o independencia de la cláusula arbitral en sus tres vertientes. Sin embargo esta conceptualización teórica, si bien atractiva, no nos debe hacer perder de vista que estamos ante una realidad más bien pragmática, destinada a proteger, como una cuestión práctica, el acuerdo arbitral²⁴.

- 7.3. En realidad, si fuéramos a considerar que se trata verdaderamente de dos contratos distintos, aparentemente no habría razón de ser para elaborar la doctrina de la separabilidad o autonomía. Lo cierto es que las partes, cuando negocian un contrato, rara vez prestan atención a la cláusula arbitral, tema que delegan íntegramente a los abogados, y al que adjudican una importancia cercana a cero. Si les fuera informado luego de intercambiar los ejemplares firmados del acuerdo y al momento de brindar que acaban de firmar dos contratos en lugar de uno, es probable que quedasen petrificados por la sorpresa. Lo cierto es que la doctrina de los dos contratos, luego de enunciada debe de inmediato volver sobre sí misma para explicar la relación inextricable entre “ambos”.

8. EL ARBITRAJE A-NACIONAL

- 8.1. Alcanzado este punto, solo un cerco pétreo evitaría avanzar un paso más, y con cierta osadía no exenta de entusiasmo jurígeno, elucubrar que en materia internacional la cláusula de arbitraje carece de vínculo jurídico suficiente con un determinado sistema jurídico nacional y, por lo tanto, se trata de una singularidad en el campo del derecho internacional no sujeta a ordenamiento jurídico nacional alguno. Se dice, por ejemplo, que al fin y al cabo la sede convenida por las partes para asiento del tribunal es una cuestión incidental, elegida con frecuencia por consideraciones que poco tienen que ver con la aplicación de las normas vigentes en el lugar señalado, aparte de que la sede puede ser mudada en ciertos casos debido a otras razones, y es exagerado adosarle consecuencias normativas de extrema importancia a esta elección.
- 8.2. Con ello se propugna un procedimiento arbitral ‘deslocalizado’. Esta postura conlleva la total separación de la jurisdicción estatal de origen legal propia de la administración de justicia a cargo de los magistrados, respecto de la jurisdicción convencional internacional y, por consiguiente, la imposibilidad absoluta para los

²⁴ CRAIG, PARK y PAULSSON. *Op. cit.*; p. 50: “it is not in fact a justification for the autonomy principle but simply a way of describing the result one wishes to reach. In other words, the true justification for the autonomy principle is practical rather than theoretical”.

jueces de los Estados de inmiscuirse en las decisiones de los árbitros, examinar o revisar sus laudos u órdenes cautelares, y menos aún intentar frustrar o detener el procedimiento arbitral mediante medidas preliminares, o atribuirse espontáneamente competencia para decidir sobre la nulidad de un contrato que contiene una cláusula arbitral, o resolver en materia de nulidad del convenio arbitral cuando no resulta manifiestamente nulo o inejecutable.

- 8.3. En el estado actual de evolución del arbitraje, los jueces no han llegado tan lejos. Respecto de Francia, país de reconocida postura a favor del arbitraje, la doctrina restringe la noción de autonomía normativa para atribuirle meramente el significado de designar un método para determinar cuáles son las reglas aplicables para juzgar la existencia o validez de un convenio arbitral internacional²⁵. Así, en caso de impugnación a la validez de un contrato internacional, la intención de los jueces en Francia no es eximir de todo control al acuerdo arbitral, o despojarlo de toda normativa estatal, sino que consiste en restringir dicho control a la aplicación de los principios que los tribunales

franceses han caracterizado como el ‘orden público internacional’, con independencia del derecho elegido por las partes para que rija el contrato²⁶. En el meneado caso Hilmarton, la Corte de Casación francesa declaró²⁷: “El laudo dictado en Suiza es un laudo internacional que no se encuentra integrado al régimen jurídico de este Estado, de tal manera que su existencia permanece establecida pese a su anulación, y su reconocimiento en Francia no es contrario al orden público internacional”.

- 8.4. YVES DERAIS señala que, en realidad, los laudos que podrían calificar como a-nacionales son un fenómeno excepcional y, por otro lado, la diferencia entre un verdadero laudo no nacional y un laudo dictado con base en las normas para el arbitraje internacional de un Estado determinado, cuando las partes han renunciado a todo recurso en la sede (renuncia que es habitual) resulta “muy tenue”²⁸.
- 8.5. Sin embargo, se observa que todavía con cierta frecuencia los jueces en distintas regiones pretenden recuperar su jurisdicción en temas concernientes al arbitraje, en especial, cuando deben decidir sobre el reconocimiento y la ejecución

²⁵ FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN. *Op. cit.*; p. 218

²⁶ FOUCHARD, GAILLARD & GOLDMAN. *Op. cit.*; p. 233.

²⁷ DERAIS, Yves. “La aplicación de la Convención a laudos nacionales”. En: (Directores: TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo). *El Arbitraje Comercial Internacional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, p. 130.

²⁸ DERAIS, Yves. *Op. cit.*; p. 137.

coactiva de un laudo extranjero que condena a un Estado, o deben brindar la *coercio* propia del Estado para la ejecución coactiva de una medida cautelar o el aseguramiento de una prueba, y para ello no se inhiben de examinar lo resuelto por el tribunal arbitral.

- 8.6. Aún así, en esta área fronteriza, o “zona de deslinde”, abundan las sentencias y los laudos contradictorios, y existen decisiones que escandalizan a unos y a otros, ya sea afirmando o desconociendo la jurisdicción de origen convencional propia de los árbitros. Sin embargo, y no obstante ciertos reflujos aislados, se observa —en general— una tendencia en los fallos de los jueces favorable al arbitraje privado, y tendiente a convalidar las decisiones de los árbitros inclusive cuando los mismos decidieron sobre la invalidez de una cláusula arbitral, o su propia competencia para entender preliminarmente en el conflicto.

9. CONCLUSIÓN

- 9.1. A partir de la Convención de Nueva York de 1958, y los documentos emanados de la CNUDMI sobre arbitraje internacional, el esfuerzo de los estados nacionales y de la doctrina especializada en orden a lograr normas uniformes para la solución pacífica de los conflictos en materia de contratos internacionales, ha dado trascendentes frutos.
- 9.2. La institución del arbitraje como una vía pacífica para resolver los conflictos entre comerciantes ha

favorecido el comercio internacional, y ha permitido que especialistas provenientes de culturas jurídicas disímiles hayan podido lograr acuerdos sobre el mejor método para solucionar en forma pacífica las discrepancias patrimoniales de sus clientes.

- 9.3. Los jueces estatales, aunque no en forma unánime, han consagrado las soluciones propugnadas por los organismos internacionales como las más deseables. Así, el arbitraje, que a principios del siglo xx era casi una rareza procesal en los países de derecho codificado, se ha convertido en una institución utilizada en forma habitual por los agentes de la industria, el comercio y los proveedores de servicios, tanto en el orden doméstico como en el tráfico internacional.
- 9.4. El reconocimiento de la autonomía de la cláusula arbitral, en sus tres vertientes, constituye un modo eficaz de llevar a la práctica el arbitraje sin que pueda ser frustrado mediante la mera alegación de nulidad o extinción temporal de la cláusula o del contrato correspondiente, realizado ante un magistrado estatal o ante el propio tribunal arbitral.
- 9.5. El reconocimiento del carácter separable de la cláusula arbitral, o su autonomía, brinda a los árbitros el fundamento para juzgar por sí mismos su vigencia o validez en caso de ser alegada su nulidad o inexistencia, sin que la eventual declaración de nulidad del contrato o de la cláusula afecte la legitimidad de su jurisdicción, ya que ésta se

asienta en la fuerza vinculante de los contratos tanto como sobre las leyes positivas que equiparan el laudo a una sentencia firme emanada de un tribunal estatal, y autorizan a perseguir su ejecución coactiva como si lo fuera.

- 9.6. Para los jueces estatales el principio de autonomía les permite, si una parte lo solicita con fundamento en

la existencia de una cláusula arbitral, despojarse de su competencia para resolver la alegada nulidad de un contrato aún cuando no exista previa intervención de un tribunal arbitral, o para ejercer su jurisdicción confirmando o revisando una decisión previa emanada de un tribunal arbitral relativa a la alegada invalidez o inexistencia del contrato que contiene una cláusula arbitral.

LAS CLÁUSULAS 'ESCALONADAS' DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN O CONCILIACIÓN PREVIAS AL ARBITRAJE)

ROQUE J. CAIVANO (*)

SUMARIO: 1. *Prolegómenos.* 1.1. *Presentación.* 1.2. *Breve repaso de algunos conceptos básicos.* 1.3. *Las razones que llevan a la inclusión de cláusulas escalonadas.* 2. *Efectos.* 2.1. *La fase negocial: ¿obligatoria o facultativa?* 2.2. *¿Es ejecutable la etapa previa si está concebida como obligatoria?* 2.3. *¿Qué efectos produce, sobre el arbitraje, el incumplimiento de la etapa previa?* 2.4. *¿Pueden pedirse medidas cautelares si la etapa negocial no se cumplió?* 2.5. *Problemas que plantean las cláusulas escalonadas.* 3. *Algunas sugerencias para reducir los problemas.* 3.1. *Recomendaciones para la redacción de cláusulas escalonadas.* 3.2. *Qué hacer durante la etapa negocial.* 4. *Conclusiones.*

El importante avance que han tenido, en las últimas décadas, los métodos negociales de resolución de conflictos (negociación, conciliación o mediación) y la toma de conciencia acerca de sus potenciales beneficios han llevado a que, en muchos contratos, esos métodos se prevean como un paso previo al arbitraje.

Sin dejar de reconocer las ventajas comparativas que aquellos tienen respecto de este último, en este trabajo se pretende demostrar que condicionar el acceso al arbitraje al cumplimiento de una instancia previa plantea una serie de problemas que, como mínimo, hacen dudosa la eficacia de cláusulas escalonadas.

(*) Gerente Jurídico de la Cámara Arbitral de la Bolsa de Cereales de Buenos Aires. Profesor de la Universidad de Buenos Aires.

1. PROLEGÓMENOS

En este capítulo, luego de presentar –y precisar– el tema sobre el que versa este trabajo (parágrafo 1.1), se hará una somera descripción de las instituciones a que me referiré y a la terminología que se usa para describirlas (parágrafo 1.2). Finalmente, expondré las razones que usualmente inspiran la inclusión de estas cláusulas combinadas y anticiparé mis dudas sobre su utilidad (parágrafo 1.3).

1.1. Presentación

En general, existen dos vías principales a través de las cuales las partes pueden intentar poner fin a un conflicto¹: buscando conjuntamente un resultado mutuamente satisfactorio (o, al menos, aceptable), o intentando, cada una de ellas, hacer prevalecer su interés en detrimento del otro. En el primer caso, la “gestión” del conflicto (es decir, la actividad de las partes tendiente a solucionarlo) se hará en forma cooperativa y no adversarial, a través de una negociación. Cuando, por el contrario, una de las partes no cree necesitar de la otra para obtener lo que

desea y confía en poder lograrlo sin su cooperación, se producirá una gestión adversarial y confrontativa.

Con creciente frecuencia se ven, en la *praxis*, cláusulas de resolución de conflictos que combinan, en diversas formas, el recurso –sucesivo– a estas dos formas básicas, sea en su versión pura o en alguna de las diversas variantes que cada una de ellas admite. La combinación, generalmente, funciona a través de una fórmula que las presenta de manera escalonada.

Me referiré aquí a la combinación de arbitraje con negociación, mediación o conciliación y, en especial, a la que consagra, antes de llegar al arbitraje, una instancia previa de negociaciones, directas o asistidas por un tercero neutral. Anoto, sin embargo, al solo efecto de ilustrar sobre las múltiples variantes posibles, que en los EE.UU. –donde la experiencia ha sido muy rica en la creación de novedosos métodos alternativos de resolución de conflictos², especialmente a partir de la década de 1970³– se conoce la cláusula inversa, es decir, arbitraje seguido de mediación, conocida con las siglas

¹ El conflicto, definido como una percibida divergencia de intereses, se configura cuando las partes involucradas tienen objetivos, aspiraciones, deseos (intereses, en suma) que perciben como incompatibles. RUBIN, Jeffrey Z.: “Conflict from a psychological perspective”. En: HALL, Lavinia (ed.): *Negotiation. Strategies for mutual gain*. Newbury Park: Ed. SAGE Publications, 1993, pp. 123 y ss.

² Generalmente identificados con la sigla “ADR” (*Alternative Dispute Resolution*).

³ Ver, en general, GOLDBERG, Stephen B.; SANDER, Frank E.A. y ROGERS, Nancy. *Dispute Resolution. Negotiation, mediation and other processes*. 2ª Edition. Boston: ed. Little, Brown and Co., 1992. También, CARBONNEAU, Thomas E. *Alternative Dispute Resolution. Melting the lances and dismounting the steeds*. Chicago: ed. University of Illinois Press, 1989. Una visión panorámica sobre la evolución de estos métodos en nuestra región puede verse en: CAIVANO, Roque J. “Los métodos alternativos de resolución de conflictos en América Latina: logros y desafíos”. En: *Revista Peruana de Análisis, Prevención y Gestión de Conflictos*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Año 1. N° 1. Septiembre de 2007, pp. 51 y ss.

“arb-med”. Aunque la fase inicial puede ser un arbitraje “no vinculante”⁴, este modelo es posible también bajo la fórmula tradicional, de arbitraje vinculante. En esta última hipótesis, una vez dictado el laudo, pero antes de darlo a conocer a las partes, se las invita a realizar un último esfuerzo tendiente a lograr una composición amistosa de la controversia a través de una mediación. Si ésta culmina con un acuerdo, el laudo arbitral nunca será comunicado a las partes; en el caso contrario, éstas son notificadas del laudo que resuelve de manera vinculante sobre las cuestiones que le fueron planteadas⁵.

1.2. Breve repaso de algunos conceptos básicos

Como paso previo a considerar los efectos de estas cláusulas combinadas, conviene repasar, sumariamente, los principales conceptos básicos a los que se hará recurrente mención en este trabajo.

La *negociación* ha sido definida como la ciencia y arte de procurar un

acuerdo entre dos o más partes que se reconocen interdependientes y que desean maximizar sus propios resultados, pero que comprenden que ganarán más si trabajan juntas que si se mantienen enfrentadas⁶. De manera más sencilla –y suficiente a los fines que aquí se persiguen– es posible decir que es el mecanismo a través del cual las partes buscan un acuerdo que ponga fin al conflicto. Lo que constituye la esencia de la negociación es que ambas partes estén procurando llegar a un acuerdo. Existen distintas modalidades de negociación –y, ciertamente, distintos estilos⁷– pero la condición *sine qua non* para considerar que las partes están negociando es que estén, genuinamente, intentando alcanzar un acuerdo⁸.

Dentro de las múltiples modalidades que puede revestir, una negociación puede llevarse a cabo de manera directa entre las partes involucradas, o recurriendo a un tercero para que las asista.

La *mediación* es una de estas últimas. Es, esencialmente, un método

⁴ Sobre esta figura, ver: GARBER, Carlos A. “El arbitraje no vinculante y tres mecanismos afines en los programas de resolución alternativa de disputas adjuntos a los tribunales norteamericanos”. En: *Revista Jurisprudencia Argentina*, 1997-II-912. Asimismo, MIGUEL, María Haydée. “Arbitraje no vinculante: Análisis y sugerencias para su implementación como herramienta efectiva en la resolución de conflictos”. En: *Revista Peruana de Arbitraje*. N° 3, 2006, pp. 399 y ss.

⁵ BROWN, Henry y ARTHUR MARRIOTT. *ADR principles and practice*. 2ª Edition. Londres: Ed. Sweet & Maxwell, 1999, pp. 14 y ss. También, HIGHTON, Elena I. y ÁLVAREZ, Gladys S. *Mediación para resolver conflictos*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 1995, p. 124. Asimismo, BERGER, Klaus Peter. “Integration of mediation elements into arbitration”. En: *Arbitration International*. Vol. 19. N° 3, 2003, pp. 387 y ss.

⁶ “Negociación es una situación en la cual dos o más partes reconocen las diferencias de intereses y valores que existen entre ellas y en la cual ellas desean (o una de ellas está obligado a) buscar una solución acordada”. RAIFFA, Howard: *The art and science of negotiation*, ed. Harvard University Press, Cambridge, 1982, p. 7. [traducción libre del autor]

⁷ Ver, en general, KUPFER SCHNEIDER, Andrea: “Shattering negotiation myths: Empirical evidence on the effectiveness of negotiation style”. *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 7, 2002, pp. 143 y ss.

⁸ Como es evidente, desde un punto de vista técnico, para que haya negociación no basta con que las partes se reúnan, se comuniquen o hablen. Pueden reunirse, comunicarse o hablar con fines que nada tengan que ver con la búsqueda de un acuerdo.

de gestión de conflictos en el que uno o más terceros imparciales asisten a las partes para que éstas intenten un acuerdo recíprocamente aceptable⁹. En otras palabras, la mediación no es sino una “negociación asistida”, en la cual, si bien aparece un tercero neutral ajeno a las partes, éste carece de poder de decisión y su función consiste en ayudar a que aquellas alcancen un acuerdo¹⁰.

Más difícil es definir precisamente a la *conciliación*. Si bien se coincide en que se trata de un método estructuralmente igual a la mediación, con frecuencia se adosan al concepto de conciliación, como características especiales –y distintivas de la mediación– requisitos o condiciones diversas: desde un punto de vista, fundado en que la conciliación es considerada un “modo anormal de terminación” del proceso judicial (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina, artículo 309) se señala, como elemento

necesario y diferenciador, “que tenga lugar en presencia o con la intervención del juez”¹¹; desde otro, se incluye, como característica propia de la conciliación, la atribución del tercero de dar su opinión sobre la solución justa de la disputa y proponer fórmulas conciliatorias¹². Sin embargo, en muchas otras situaciones, conciliación y mediación son utilizados para definir las mismas actividades: la legislación argentina, por ejemplo, llama mediación al procedimiento tendiente a “promover la comunicación directa entre las partes para la solución extrajudicial de la controversia”, efectuado por un tercero ajeno al Poder Judicial, cuando aquella se refiere a una cuestión de naturaleza civil o comercial¹³; en cambio, cuando esta misma tarea se lleva a cabo en relación con una controversia derivada de una relación laboral, la ley la califica como conciliación¹⁴. Ello sin mencionar la utilización, también aleatoria, de los términos mediación o conciliación en el derecho comparado

⁹ LOWRY, L. Randolph y HARDING, Jack: *Mediation. The art of facilitating settlement*, ed. Straus Institute for Dispute Resolution, Malibú: Pepperdine University Press, 1995, p. 73.

¹⁰ CAIVANO, Roque J., Marcelo GOBBI y Roberto E. PADILLA: *Negociación y Mediación*, Ed. Ad Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2006, p. 199. En igual sentido, se ha dicho que “es la técnica mediante la cual son las partes mismas inmersas en un conflicto quienes tratan de llegar a un acuerdo con ayuda de un mediador, tercero imparcial, que no tiene facultades de decisión”. SCHIFFRIN, Adriana: “La mediación: Aspectos generales”, en GOTTHEIL, Julio y SCHIFFRIN, Adriana (comps.): *Mediación: una transformación en la cultura*, Buenos Aires: Ed. Paidós, 1996, pp. 37 y ss.

¹¹ DUPUIS, Juan Carlos: *Mediación y conciliación*, Buenos Aires: Ed. Abeledo-Perrot, 1997, p. 27. Esta concepción tiene un origen histórico: en el ordenamiento procesal español siempre existió la institución de la conciliación, como una actividad ínsitamente vinculada al proceso judicial. Ver, MONTERO AROCA, Juan: “Bosquejo histórico de la conciliación hasta la ley de enjuiciamiento civil de 1855”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Ed. Bosch, Barcelona, 1981, citado por ALVARADO VELLOSO, Adolfo: “La conciliación”, *Rev. La Ley*, 1985-D-1159.

¹² ÁLVAREZ, Gladys S. y HIGHTON, Elena: “Diferencias entre conciliación y mediación”. *Rev. La Ley*, 1996-E-1091.

¹³ Ley 24.573, que impone a las partes la necesidad de concurrir a una instancia de mediación, antes de iniciar una demanda judicial y como requisito de admisibilidad de ésta, en materias civiles y comerciales.

¹⁴ Ley 24.635, que impone a las partes la necesidad de concurrir a una instancia de conciliación, antes de iniciar una demanda judicial y como requisito de admisibilidad de ésta, en materia laboral.

latinoamericano: por citar sólo algunos pocos ejemplos, lo mismo que en algunos países se llama mediación¹⁵, en otros se llama conciliación¹⁶; en otros se utilizan ambos términos, sin que aparezca, al menos de manera ostensible, diferencia alguna entre uno y otro¹⁷; alguna legislación los declara oficialmente sinónimos¹⁸; y alguna otra mantiene el criterio diferenciador por la presencia de un funcionario judicial en la conciliación¹⁹.

Para evitar introducir mayores factores de complejidad en el análisis de los temas que me propongo abordar aquí, opto por considerar que conciliación y mediación aluden, indistintamente, a un proceso en el que las partes acuden frente a un tercero neutral que, sin tener

facultades ni atribuciones decisorias de ninguna índole, colabora en la negociación que aquellas llevan a cabo con la finalidad de lograr un acuerdo²⁰.

El *arbitraje*, en cambio, aparece en la vereda de enfrente de los métodos mencionados anteriormente. La negociación y sus subespecies –mediación y/o conciliación– forman parte de los métodos denominados “autocompositivos”, por tratarse de aquellos en los que sólo las partes tienen la potestad de componer el conflicto. El arbitraje, en cambio, participa –junto con el litigio judicial, entre otros– de la categoría de métodos “heterocompositivos”, porque la solución es impuesta por el tercero neutral mediante una sentencia obligatoria y vinculante²¹.

¹⁵ Argentina, Nicaragua (Ley de Mediación y Arbitraje, N° 540 de 2005); o Paraguay (Ley de Medios Alternativos de Resolución de Conflictos, N° 1879 de 2002).

¹⁶ Colombia (Estatuto de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos, Decreto N° 1818/1998); Honduras (Ley de Conciliación y Arbitraje, Decreto N° 161/2000); Perú (Ley de Conciliación, N° 26.872).

¹⁷ Bolivia (Ley de Arbitraje y Conciliación, N° 1770 de 1997); Costa Rica (Ley sobre Resolución Alterna de Conflictos y promoción de la paz social, N° 7727 de 1997).

¹⁸ Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, del 21 de agosto de 1997, artículo 55.

¹⁹ Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje de El Salvador, Decreto Legislativo N° 914 de 2002, artículo 3.

²⁰ Del mismo modo, la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI / UNCITRAL) sobre Conciliación Comercial Internacional de 2002 define “conciliación” como “todo procedimiento, designado por términos como los de conciliación, mediación o algún otro de sentido equivalente, en el que las partes soliciten a un tercero o terceros (‘el conciliador’), que les preste asistencia en su intento por llegar a un arreglo amistoso de una controversia que se derive de una relación contractual u otro tipo de relación jurídica o esté vinculada a ellas [en el cual] el conciliador no estará facultado para imponer a las partes una solución de la controversia” (artículo 1.3).

Aun quienes propician un criterio distintivo entre los dos términos, coinciden en que ambos “designan formas pacíficas y no formales de solución de controversias con intervención de un tercero neutral e imparcial, sin poder de decisión”. ÁLVAREZ, Gladys S. y HIGHTON, Elena. “Diferencias entre conciliación y mediación”. En: *Revista La Ley*, 1996-E-1091.

²¹ A mi juicio, un tercero no podría, propiamente, llamarse *árbitro*, si no cuenta con facultades decisorias. En el caso del arbitraje “no vinculante”, estaríamos en presencia de una utilización impropia de un término que, desde sus orígenes históricos, tuvo como nota distintiva el poder de juzgar del árbitro. Tanto que, para que la decisión sea no-vinculante, es necesario aclararlo expresamente (y adosar al término esas palabras), pues lo natural es la naturaleza vinculante del laudo. La expresión “arbitraje no vinculante” sería, así, un oxímoron.

En mi opinión²², de todas las características del arbitraje, la que parece ser definitoria de su esencia es la jurisdiccionalidad, entendida como la misión que se cumple a través de una sentencia que resuelve el litigio (“*tranche le litige*”)²³. Y, a su vez, para calificar a una decisión de jurisdiccional, el aspecto más relevante es que ella sea susceptible de adquirir los efectos de la *res judicata* y que sea posible perseguir su cumplimiento por los procedimientos de ejecución de sentencia²⁴.

1.3. Las razones que llevan a la inclusión de cláusulas escalonadas

La idea que, en general, inspira la inclusión de cláusulas escalonadas que instituyen una primera etapa de autocomposición (negociación, mediación o conciliación) antes de llegar al arbitraje, es comprensible, y hasta plausible.

Por un lado, la incorporación de una etapa previa de autocomposición

puede justificarse por las características naturales –y por las ventajas comparativas– de estos métodos: (i) Un acuerdo sobre las cuestiones controvertidas es la solución ideal, ya que si el conflicto es una divergencia de intereses, un acuerdo que armonice esos intereses hace desaparecer el conflicto, lo elimina desde su propia raíz²⁵; (ii) Estos métodos buscan un acuerdo –por definición, una solución aceptada por las partes–, mientras en el arbitraje la solución es impuesta por el laudo; (iii) La posibilidad de lograr una solución “ganador-ganador” sólo existe en los métodos de autocomposición; (iv) En una negociación la relación entre las partes se preserva mucho más que en un arbitraje; (v) Los costos y la duración de una negociación –y aun de una mediación– son significativamente menores que los de un arbitraje; (vi) En cualquier método de autocomposición, las partes conservan el poder de decisión (lo que significa que controlan el resultado), mientras que en un arbitraje ese poder está en manos del árbitro; (vii) Encarado el problema desde el inicio, es posible

²² CAIVANO, Roque J. “¿Qué es ‘sentencia arbitral’ a los fines de la Convención? Decisiones no jurisdiccionales”. En: (Directores: TAWIL, Guido S. y Eduardo ZULETA). *El arbitraje comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot, 2008, pp. 69 y ss.

²³ FOUCARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. París: Ed. Litec, 1996, p. 14.

²⁴ “La cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. Si un acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada. También pertenece a la esencia de la cosa juzgada y, en consecuencia, de la jurisdicción, el elemento de la coercibilidad o ejecución de las sentencias de condena, siempre eventualmente ejecutables”. COUTURE, Eduardo J.: *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, 4ª edición, ed. B. de F., Montevideo Buenos Aires, 2002, pp. 30 y 31.

²⁵ En los métodos de autocomposición se toman en cuenta los verdaderos intereses de las partes, mientras que en los de heterocomposición sólo se atiende a los derechos que cada parte invoca, que pueden o no coincidir con esos intereses. Sobre el concepto de intereses, ver CAIVANO, Roque J., GOBBI, Marcelo y PADILLA, Roberto E.: *Negociación y Mediación*, ed. Ad Hoc, 2ª edición, Buenos Aires, 2006, pp. 155 y ss.

que se evite una escalada que haga luego inmanejable el conflicto²⁶.

Por el otro, la previsión de una segunda fase de heterocomposición se justifica porque es ilusorio pensar que siempre será posible solucionar el conflicto en una negociación (directa o asistida)²⁷. Es sensato incluir un segundo método –adversarial, que no dependa de la voluntad de las partes– para el caso en que a través del primero no se logre poner fin a la controversia²⁸.

Por esas razones, no es descabellado imaginar que un método de heterocomposición como el arbitraje, que implica una confrontación entre las partes, sea concebido como una herramienta subsidiaria, utilizable cuando no se logró resolver el conflicto a través de la negociación. Este postulado, además, encuentra apoyo en la lógica misma de las cosas: la forma natural de resolver

controversias entre las personas debería ser la negociación, quedando la contienda para cuando aquella ha demostrado no ser suficiente para resolver el conflicto²⁹.

Sin embargo, la inclusión de esas cláusulas no es inocua. Como se verá (*infra*, parágrafo 2.5), los problemas que usualmente se plantean son diversos. Ello se explica porque estas cláusulas son, generalmente, contemporáneas a la celebración del contrato. En ese momento, la relación entre las partes es óptima y reina el entusiasmo por los beneficios que cada una de ellas espera obtener de la ejecución del contrato. No obstante, estas cláusulas están destinadas a hacerse operativas cuando el conflicto estalle, situación que suele hacer desaparecer el entusiasmo y afectar seriamente la relación entre las partes³⁰. Es necesario pensar que las buenas intenciones que las inspiran, y la buena fe con que las partes las conciben, probablemente se

²⁶ Se cree que las partes que comienzan la búsqueda de una solución para el conflicto a través de un proceso que les permite retener el control del resultado y evitar los costos de un litigio tienen más probabilidades de lograr un acuerdo que quienes se embarcan de entrada en una batalla adversarial. DOBBINS, Robert N.: "The layered Dispute Resolution clauses: From boilerplate to business opportunity", *Hastings Business Law Journal*, vol. 1, 2005, pp. 161 y ss.

²⁷ Una de las características propias de los métodos de autocomposición, derivada de la naturaleza voluntaria del resultado, es que no garantizan que el conflicto pueda, efectivamente, solucionarse a través de un acuerdo. GRIFFITH, Gavan y MITCHELL, Andrew D. "Contractual Dispute Resolution in international trade: The UNCITRAL Arbitration Rules (1976) and the UNCITRAL Conciliation Rules (1980)". En: *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 3, 2002, pp. 184 y ss.

²⁸ BÜHRING-UHLE, Christian: *Arbitration and mediation in international business: Designing procedures for effective conflict management*. 2ª Edición. Ed. Kluwer Law International, 2006, p. 234.

²⁹ Ya Platón enseñaba que "el mayor bien para un Estado no es la guerra ni la sedición (por el contrario, se deben hacer votos porque no haya necesidad de ellas), sino la paz y el buen entendimiento entre los ciudadanos". PLATÓN. *Las Leyes*, Libro I. México: Ed. Porrúa, 1979, p. 16.

³⁰ En muchas ocasiones, actuando como abogado de parte, árbitro o mediador, al ver el grado de hostilidad entre las partes, he intentado imaginar cómo pudieron esas mismas partes haber estado en algún momento de acuerdo en algo. Sospecho que a los abogados de familia que intervienen en divorcios les debe ocurrir lo mismo.

habrán desvanecido cuando el conflicto se presente.

Algunas experiencias en la utilización de estas cláusulas permiten poner en duda los beneficios que reportan. O, cuando menos, relativizan su utilidad.

2. EFECTOS

En este capítulo se analizarán los efectos de las cláusulas que prevén una instancia previa de negociación, mediación o conciliación. Exploraré en primer lugar, la conveniencia de pactar la etapa previa como meramente facultativa u obligatoria (parágrafo 2.1). Me ocuparé de examinar los efectos que produce, cuando está pactada como obligatoria: comenzaré por estudiar si es posible que los jueces o árbitros impongan a las partes el recurso al método autocompositivo pactado como previo (parágrafo 2.2), para considerar, luego, cuáles son los efectos que produce sobre la cláusula arbitral el incumplimiento de la etapa negocial (parágrafo 2.3). Haré una referencia al supuesto en que sea necesario solicitar, a un tribunal judicial o arbitral, una medida cautelar antes de haber dado cumplimiento a la fase inicial (parágrafo 2.4), y resumiré los problemas prácticos que estas cláusulas suelen originar (parágrafo 2.5).

2.1. La fase negocial: ¿obligatoria o facultativa?

Desde luego, las partes pueden pactar que la primera etapa de autocomposición sea meramente facultativa, o que sea obligatoria.

La primera opción carece de sentido y efecto. Una etapa previa de negociaciones, si es facultativa, no sirve de mucho. No es necesario poner en una cláusula que las partes *pueden* intentar una solución negociada al conflicto antes de llegar al arbitraje. Lo diga o no lo diga, es obvio que siempre va a ser posible que las partes no inicien o suspendan el arbitraje mientras exploran las posibilidades de lograr un acuerdo que, si se obtiene, evita el arbitraje.

La pregunta, entonces, es: ¿tiene sentido hacerla obligatoria?

Podría razonarse que pactarla como obligatoria es la única forma de garantizar que exista un espacio en el que se intente llegar a un acuerdo antes de comenzar un proceso de naturaleza adversarial. Y aun podría pensarse que esta es una buena forma de evitar demandas arbitrales intempestivas o sorpresivas. Aun reconociendo que estas son razones valederas, y que reflejan un espíritu general de buena fe, pienso que también incluyen alguna dosis de ingenuidad.

Como se verá, cuando la cláusula *obliga* a las partes a negociar o a asistir a un procedimiento de mediación o conciliación antes de llegar al arbitraje, esa estipulación produce efectos sobre el arbitraje. Pero el otro problema que plantea es que, teniendo en cuenta la naturaleza autocompositiva de esos métodos, como es obvio, no existe posibilidad alguna de forzar un acuerdo. La cláusula podrá imponer, en el mejor de los casos, el deber de sentarse a negociar. Si bien es razonable pensar que la cláusula traduce el deber de hacer algún esfuerzo serio para intentar un acuerdo –y no solamente

reunirse o asistir a una audiencia de mediación— es complejo luego acreditar que esa intención existió, o que no existió. Lo que hace problemático determinar si la instancia previa se cumplió o no.

2.2. ¿Es ejecutable la etapa previa si está concebida como obligatoria?

Podría argumentarse que si una de las partes decidió llevar la controversia a arbitraje, esa sola circunstancia resulta claramente demostrativa de la inutilidad de forzar una instancia negocial. Siendo que un acuerdo conciliatorio es, por definición, voluntario, la aquiescencia para entrar en negociaciones es condición *sine qua non* para que el acuerdo sea posible: si una de las partes no estaba siquiera dispuesta a *intentar* un acuerdo, las posibilidades de que ese acuerdo se

logre mediante la *imposición* a negociar son prácticamente nulas.

Esta era la posición que habían tomado algunos tribunales británicos³¹, que —por ejemplo— interpretaron que no era ejecutable una cláusula estableciendo un procedimiento de negociaciones previo al juicio, bajo el argumento de que se trataba de un simple acuerdo para negociar, que los tribunales no pueden monitorear ni ejecutar al no ser legalmente vinculantes³².

Con todo, la posible inutilidad de ejecutar forzosamente el componente negocial de una cláusula escalonada contra una parte que no quiere siquiera intentarlo, no es razón suficiente para dar por cumplida una etapa que las partes previeron como obligatoria, pues ello equivaldría a privar de todo sentido y efecto a una estipulación convencional³³.

³¹ JOSEPH, David. *Jurisdiction and arbitration agreements and their enforcement*. Londres: Ed. Sweet & Maxwell, 2005, p. 449.

³² High Court of Justice (Queen's Bench Division), 21/12/1998, *in re* Halifax Financial Services Ltd. v. Intuitive Systems Ltd., [1999] 1 All ER (Comm) 303. Ver, igualmente, Court of Appeals, 1991, *in re* Paul Smith Ltd v. H&S International Holding Inc. [1991] 2 Lloyd's Rep 127; Court of Appeals, 1975, *in re* Courtney & Fairbairn Ltd. v. Tolaini Brothers (Hotels) Ltd. [1975] 1 WLR 297, en los que se resolvió que un acuerdo para negociar no era ejecutable en el derecho inglés: "Si la ley no reconoce un contrato para celebrar otro contrato cuando términos fundamentales de este último no han sido acordados, es lógico que tampoco se reconozca un contrato para negociar. La principal razón es que la estipulación es demasiado incierta para tener efectos vinculantes. No hay bases para estimar las consecuencias del incumplimiento porque nadie puede saber si las negociaciones serán exitosas o fracasarán o, aun siendo exitosas, cuál será el resultado de ellas. Un contrato para negociar, como un contrato para celebrar otro contrato, no es un contrato conocido por la ley inglesa". [traducción libre del autor]

³³ FILE, Jason. "United States: Multi-step Dispute Resolution clauses". En: Mediation Committee Newsletter, IBA Legal Practice Division, julio de 2007, pp. 33 y ss.

Así, también, lo resolvió un tribunal norteamericano, en un caso en que se discutía la admisibilidad de una demanda judicial iniciada por el Estado contra un particular, que estaba contractualmente sujeta al previo sometimiento a un arbitraje "no vinculante". La Corte razonó que "no obstante que el arbitraje no vinculante puede ser un ejercicio estéril porque las partes pueden finalmente no aceptar la determinación del árbitro, ello no impide al tribunal remitir a las partes al procedimiento previo pactado". US Court of Appeals for the Fourth Circuit, 27/03/2001, *in re* United States of America vs. Bankers Insurance Company, 245 F.3d 315 (4th Cir. 2001). [Traducción libre del autor]

Sería, lisa y llanamente, negar la fuerza vinculante de un compromiso contractualmente asumido, en violación a los principios fundamentales del derecho de los contratos³⁴. Elementales razones de buena fe y respeto a lo pactado llevan a concluir que, si las partes convinieron que *debían* intentar una solución acordada a través de negociaciones directas o asistidas, una de ellas no puede luego evadir esa primera instancia³⁵.

Esta última es, al parecer, la tendencia actualmente prevaleciente³⁶, fundamentalmente a partir de reconocer que, en definitiva, lo que se ordena ejecutar no es *una obligación de cooperar y acordar*, sino “la participación en un proceso dentro del cual la cooperación y el acuerdo pueden surgir”³⁷.

En Inglaterra, en presencia de una cláusula mediante la cual las partes se comprometieron a intentar de buena fe resolver el conflicto a través de negociaciones ante una entidad que provea este servicio, antes de llevar el caso a los tribunales judiciales, la Corte Comercial

interpretó que la cláusula era obligatoria y debía ser ejecutada, ordenándose la suspensión del procedimiento judicial y la remisión de las partes a la instancia negocial convenida. Consideró que esta no era una mera promesa de negociar, sino una cláusula que definía un método específico, susceptible de ser ejecutado. Una cláusula en la que las partes se comprometen a seguir un método alternativo de resolución de disputas es análoga a una cláusula arbitral y, como tal, es un acuerdo que puede hacerse cumplir mediante la suspensión del procedimiento judicial iniciado en contravención a ella. Aunque esta es una facultad discrecional de los jueces, si las partes previeron que el litigio judicial sería el último eslabón de una cadena de métodos tendientes a resolver el conflicto, deben existir buenas razones para que un tribunal no suspenda el procedimiento y remita a las partes a la instancia pactada como previa³⁸.

Este criterio ha sido recogido en la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996 (*Arbitration Act*, 1996). En la norma que prevé que los procedimientos judiciales

³⁴ MONTÉRAN, Thierry. “Le respect des clauses contractuelles de médiation”. En: *Les Cahiers de l'arbitrage*. (Director: MOURRE, Alexis). Ed. Gazette du Palais. Vol. II, 2004, pp. 206 y ss.

³⁵ La Cámara de los Lores interpretó que quienes pactan una forma de resolver las disputas deben exhibir buenas razones para apartarse de lo estipulado. Si se comprometieron a requerir primero la opinión no vinculante de un experto y, de ser necesario, someterse luego a un árbitro, no pueden luego pretender sortear la primera etapa convenida sólo porque juzgan que el procedimiento pactado es demasiado lento y no satisface sus intereses. House of Lords, 21/02/1993, *in re Channel Group vs. Balfour Beatty Ltd.* [1993], Adj.L.R. 01/21.

³⁶ SUTER, Erich. “The progress from void to valid for agreements to mediate”. In: *Arbitration*. Vol. 75, 2009, pp. 28 y ss.

³⁷ Supreme Court of New South Wales, 1992, *in re Hooper Bailie Associated Ltd. vs. Natcon Group Pty Ltd.*, (1992) 28 NSWLR 194.

³⁸ High Court of Justice (Queen's Bench Division), 11/10/2002, *in re Cable & Wireless Plc. v. IBM United Kingdom Ltd.* [2002] EWHC 2059 (Comm). Ver, también, LYE, Kah Cheong: “Agreements to mediate. The Impact of Cable & Wireless Plc. v. IBM United Kingdom Ltd.”, Singapore Academy of Law Journal, vol. 16, 2004, pp. 530 y ss.

deben suspenderse cuando se invoca la existencia de un acuerdo arbitral que se refiera a las cuestiones planteadas en sede judicial, se aclara que la suspensión del juicio, aun existiendo cláusula arbitral, sólo podrá invocarse luego de agotados otros procedimientos que pudiesen haberse pactado como previos para resolver las diferencias³⁹.

En los EE.UU. los tribunales han comenzado, de manera creciente, a reconocer el efecto vinculante y ejecutable de las cláusulas de negociación o mediación⁴⁰. En algún caso, se ordenó la suspensión de un juicio arbitral, al considerar que la cláusula que establecía el previo paso por una mediación era una "condición precedente" para recurrir al arbitraje⁴¹. En otro, el tribunal declaró inadmisibile la acción y remitió a las

partes a cumplir con el procedimiento previo de mediación pactado⁴².

Curiosamente, aunque con notorias excepciones⁴³, algunos tribunales norteamericanos han fundado la ejecutabilidad de las cláusulas de mediación en los principios y reglas previstas para el arbitraje⁴⁴. En esa línea, se hizo notar que la *Federal Arbitration Act (FAA)* define al arbitraje como un procedimiento para resolver (*settle*) un conflicto, y los acuerdos para recurrir a la mediación buscan el mismo propósito y deben caer dentro de su ámbito⁴⁵. Más explícitamente, algún tribunal señaló que la política favorable al arbitraje, contenida en la *FAA*, es sólo una parte del objetivo más amplio de favorecer la resolución de disputas por métodos no-judiciales, de modo que no es únicamente el arbitraje lo que el Congreso quiso

³⁹ Arbitration Act, 1996, section 9 (Stay of legal proceedings): "(1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter. (2) An application may be made notwithstanding that the matter is to be referred to arbitration only after the exhaustion of other dispute resolution procedures".

⁴⁰ Los tribunales norteamericanos "rutinariamente" mandan ejecutar estas estipulaciones. COBEN, James y THOMPSON, Peter N.: "Disputing irony: A systematic look at litigation about mediation", *Harvard Negotiation Law Review*, vol. 11, 2006, pp. 43 y ss.

⁴¹ New York Court of Appeals, 2005, *in re* Lakeland Fire Dist. v. East Area General Contractors Inc., 791 N.Y.S.2d 594 (App. Div. 2005).

⁴² US Court of Appeals of the Southern District of New York, 2/03/2004, *in re* M. L. B. Kay Int'l Realty Inc. v. Prudential Real Estate Affiliates Inc., 2004 WL 385034 (S.D.N.Y. Mar. 2, 2004).

⁴³ Subrayando las diferencias entre arbitraje y mediación, la Corte de Apelaciones del Tercer Circuito consideró que los procedimientos alternativos de solución de conflictos no-adversariales no entran dentro de la categorización de arbitraje. US Court of Appeals for the Third Circuit, 1996, *in re* Harrison vs. Nissan Motor Corp. USA, 111 F.3d 343, 350 (3rd Cir. 1996).

⁴⁴ District Court of the Northern District of Illinois (Eastern Division), 1997, *in re* Cecala vs. Moore, 982 F.Supp. 609 (N.D. Ill. 1997).

⁴⁵ District Court of the Eastern District of New York, 4/12/1998, *in re* CB Richard Ellis Inc. vs. American Environmental Waste Management, No. 98-CV-4183 (JG), 1998 WL 903495.

estimular, sino la solución extrajudicial de las controversias por métodos escogidos por las partes: la política legislativa que favorece el arbitraje comprende también a la mediación⁴⁶.

Otros, en cambio, se fundaron en los principios generales de los contratos y en el preciso texto de la cláusula. En algún caso, inclusive, se dijo que no era necesario forzar la interpretación y aplicar a la mediación las normas pensadas para el arbitraje, ya que las propias leyes locales en materia contractual eran suficientes para llegar al mismo resultado: un acuerdo mediante el cual las partes se someten a un método de resolución de controversias es obligatorio y ejecutable como cualquier otro contrato⁴⁷.

Similar temperamento han seguido los tribunales franceses. A pesar de algunas dudas⁴⁸, la Corte de Casación resolvió que si el contrato contiene una cláusula mediante la cual las partes se obligaron a someter sus diferendos a dos conciliadores antes de iniciar cualquier acción contenciosa, la promoción de esta última sin haber dado cumplimiento a lo pactado es inadmisibles⁴⁹. Y luego ratificó este concepto, señalando que una cláusula

contractual estableciendo una instancia de mediación obligatoria previa al litigio judicial constituye un acuerdo que impide el recurso directo a los tribunales⁵⁰.

2.3. ¿Qué efectos produce, sobre el arbitraje, el incumplimiento de la etapa previa?

Una cláusula que contemple una instancia obligatoria de negociación previa al arbitraje, pone una condición para que éste pueda utilizarse. Lo que significa que el arbitraje no es directamente accesible, o que el recurso al arbitraje no está disponible de manera directa. Aunque esta conclusión no parece ser susceptible de discusión, es en cambio dudoso cuál es el efecto concreto que produce la omisión de cumplir con la instancia previa obligatoria: las opiniones acerca de las consecuencias del incumplimiento difieren.

Algunos consideran que se trata de una cuestión de naturaleza sustancial y, por lo tanto, el incumplimiento da lugar a daños y perjuicios, como cualquier otro incumplimiento contractual, aunque sin afectar la admisibilidad de la demanda⁵¹.

⁴⁶ Middle District Court of Tennessee, 2003, *in re Fisher vs. GE Medical Systems*, 276 F.Supp.2d 891 (M.D.Tenn. 2003).

⁴⁷ Court of Special Appeals for Maryland, 1993, *in re Annapolis Professional Firefighters Local 1926 vs. City of Annapolis*, 100 Md.App. 714 (1993).

⁴⁸ Cour de cassation, 1^{re} Ch. civ., 23/01/2001, *in re Clinique du Morvan c. Vermuseau*, Revue de l'arbitrage, 2001, N° 4, p. 751; Cour de cassation, 1^{re} Ch. civ., 6/03/2001, *in re SNEP c. SNEM et SPEDIDAM*, Revue de l'arbitrage, 2001, N° 4, pp. 751 y 752.

⁴⁹ Cour de cassation, 2^e Ch. civ., 6/07/2000, *in re Société Polyclinique des Fleurs c. Peyrin*, Revue de l'arbitrage, 2001, N° 4, pp. 749 y ss.

⁵⁰ Cour de Cassation, Ch. mixte, 14/02/2003, *in re Poiré c. Tripiet*, Revue de l'arbitrage, 2003, N° 2, pp. 403 y ss.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Zurich, 15/03/1999, ZR, 99 (2000), citado por BOOG: Christopher: "How to deal with multi-tiered Dispute Resolution clauses". En: *ASA Bulletin*. Vol. 26. N° 1, 2008, pp. 103 y ss.

Son mayoría, en cambio, quienes entienden que es una cuestión de naturaleza procesal que conduce a la no-admisibilidad de la demanda⁵², aunque existen discrepancias en torno al efecto específico: no es claro si el tribunal debe desestimar la acción por prematura o si debe suspender el juicio hasta tanto se cumpla con la etapa previa. La primera de estas soluciones ha sido adoptada por alguna sala de la Corte de Casación francesa, que rechazó la acción judicial iniciada por una de las partes sin haber cumplido la estipulación que obligaba a las partes a una instancia previa de conciliación⁵³; por los tribunales

alemanes, que declararon inadmisibile sin prejuzgamiento la acción judicial iniciada sin haber cumplido la conciliación previa que habían pactado⁵⁴; y por algún tribunal arbitral, que juzgó que el arbitraje sería inadmisibile, por prematuro, si no se cumple la instancia previa⁵⁵. Por la segunda se ha pronunciado alguna doctrina, que interpreta que el tribunal arbitral no pierde su jurisdicción por no haberse cumplido la etapa previa, y que debe suspender el procedimiento hasta tanto se acredite el cumplimiento de la instancia conciliatoria⁵⁶; y parece ser la posición sugerida por la Ley Modelo de UNCITRAL sobre conciliación⁵⁷.

⁵² La Ley Modelo de UNCITRAL sobre conciliación prevé que: "Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral o de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido ello e in él estipulado, salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta" (artículo 13).

⁵³ Cour de cassation, 2^e Ch. civ., 6/07/2000, *in re* Société Polyclinique des Fleurs c. Peyrin, *Revue de l'arbitrage*, 2001, N° 4, pp. 749 y ss.

⁵⁴ Corte Suprema Federal alemana (*Bundesgerichtshof*), 18/11/1998, citado por: JOLLES, Alexander "Consequences of multi-tiered arbitration clauses: Issues of enforcement". En: *Arbitration*. Vol. 72. N° 4, 2006, pp. 329 y ss.

⁵⁵ "De las cláusulas del contrato surge que, antes de llegar al arbitraje, las partes debían intentar resolver las disputas en forma amigable. Sólo si este intento falla la cuestión puede someterse a arbitraje". Caso CCI N° 9984, laudo preliminar de fecha 7 de junio de 1999, citado por: JIMÉNEZ FIGUERES, Dyalá. "Multi-tiered Dispute Resolution clauses in ICC arbitration". En: *ICC Bulletin*. Vol. 14. N° 1, 2003, pp. 71 y ss. [traducción libre del autor]

De todas maneras, el tribunal declaró admisible la demanda arbitral, al juzgar que la instancia previa se había, efectivamente, cumplido.

⁵⁶ VOSER, Nathalie. "Sanktionen bei nichterfüllung einer schlichtungsklausel". En: *ASA Bulletin*, 2002, pp. 376 y ss.; citado por: JOLLES, Alexander. "Consequences of multi-tiered arbitration clauses: Issues of enforcement". En: *Arbitration*. Vol. 72. N° 4, 2006, pp. 329 y ss.

⁵⁷ En las Notas Explicativas de la Ley Modelo se pone de relieve que si las partes hubiesen acordado específicamente renunciar a su derecho de entablar procedimientos arbitrales o judiciales en el curso de la conciliación, "el tribunal judicial o arbitral estará obligado a impedir que se entable un litigio o un arbitraje si eso fuese contrario a lo acordado por las partes" (párr. 84). Y luego, en esas mismas Notas Explicativas se aclara: "En el artículo 13 se deja claro que el derecho de las partes a recurrir a procedimientos arbitrales o judiciales constituye una excepción al deber de los tribunales arbitrales o judiciales de *suspender* todo procedimiento en el caso de que las partes renuncien al derecho de entablar esos procedimientos" (párr. 86).

Me inclino por esta última solución, que es la que mejor se compadece con la intención común de las partes, y con sus intereses: en caso de dar por finalizado el procedimiento arbitral, sobrevendrán luego –en caso de fracasar las negociaciones– varios problemas. Aun dejando de lado los costos que ello supone, la terminación del proceso implica que cuando sea necesario recurrir nuevamente al arbitraje deberá “reconstituirse” el tribunal (lo cual plantea dudas, por ejemplo, en torno a si los primeros pueden ser nuevamente designados) y “replantearse” la demanda (lo cual puede producir efectos adversos sobre la prescripción de la acción). Además, crea un importante incentivo para utilizar la objeción con fines obstruccionistas⁵⁸. La suspensión del procedimiento arbitral mientras dure la instancia de mediación previa, en cambio, es una solución más razonable, que satisface los dos objetivos: dar efecto a lo pactado, sin perjudicar los derechos de las partes.

En cualquier caso, es evidente que no se trata de una cuestión de competencia que ponga en tela de juicio la jurisdicción de los árbitros. Una objeción jurisdiccional, que impugna

la *competencia* de un tribunal arbitral, consiste en plantear que *ese tribunal no puede* conocer del caso por carecer de competencia; una objeción diferente, que cuestiona la *admisibilidad* de la demanda, es la que se presenta cuando el demandado plantea que el tribunal *no debe (o no debe ahora)* conocer del caso⁵⁹. Cualquiera sea la interpretación que se dé a la objeción en análisis, no está en tela de juicio que el tribunal arbitral es competente, sino únicamente si puede o no admitir la demanda en ese momento⁶⁰. En definitiva, la omisión de cumplir la etapa previa de conciliación o mediación no excluye ni perjudica la jurisdicción conferida a los árbitros en la misma cláusula, la cual –inclusive– se mantiene a efectos de decidir sobre las consecuencias del incumplimiento de aquella etapa: conforme el artículo 13 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre conciliación es *el tribunal arbitral* quien “dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado”.

Ello significa que los árbitros tienen jurisdicción aun para hacer cumplir el acuerdo de entablar un procedimiento autocompositivo previo, o para determinar si éste se ha cumplido⁶¹, lo cual es

⁵⁸ MOURRE, Alexis. “Mediation and French Law: Recent landmarks in legislation and case law”. En: *ICC Bulletin*. Special Supplement, *ADR, International Applications*. Diciembre de 2001, pp. 63 y ss.

⁵⁹ PAULSSON, Jan. “Jurisdiction and admissibility”. (Editores: AKSEN, Gerald; BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz; MUSTILL, Michael J.; PATOCCHI, Paolo Michele, y WHITESELL, Anne Marie). En: *Global reflections on international law, commerce and dispute resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*. París: Ed. ICC Publishing, 2005, pp. 601 y ss.

⁶⁰ JARROSSON, Charles. “La sanction du non-respect d’une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation”. En: *Revue de l’arbitrage*, N° 4, 2001, pp. 752 y ss.

⁶¹ US Supreme Court, 30/03/1964, *in re John Wiley & Sons Inc. vs. Livingston*, 376 U.S. 543 (1964).

congruente con el principio *kompetenz-kompetenz* consagrado por la mayoría de las legislaciones sobre arbitraje⁶².

Siendo claro que, en presencia de una cláusula “*med-arb*” o similar, son los árbitros quienes deben resolver sobre la admisibilidad de la demanda arbitral cuando una de las partes pone en tela de juicio el cumplimiento de la primera etapa, la decisión de aquellos debe ser cuidadosamente sopesada. Aunque los árbitros no deberían atender planteos que aparezcan como manifiestamente dilatorios o tendientes a obstaculizar el arbitraje, tampoco deben perder de vista que seguir adelante con el arbitraje y dictar el laudo si no existen evidencias de que la etapa previa se ha cumplido, puede perjudicar la validez o la ejecutabilidad del laudo: la omisión de respetar lo pactado en relación con el procedimiento puede dar pie a un planteo de nulidad⁶³, o a una defensa para oponerse a su reconocimiento o ejecución⁶⁴.

2.4. ¿Pueden pedirse medidas cautelares si la etapa negocial no se cumplió?

Estas cláusulas también plantean dificultades en relación con las medidas cautelares. Si la demanda arbitral es inadmisibile cuando la etapa de negociaciones previas no se cumplió: ¿puede una de las partes, no obstante ello, solicitar medidas cautelares?

La respuesta es afirmativa. Esta es una de las excepciones al deber de no iniciar procedimientos adversariales antes de haber agotado las etapas negociales pactadas como previas⁶⁵. Y encuentra fundamento en que una medida cautelar no es una acción tendiente a resolver el conflicto en cuanto a sus méritos, sino un remedio temporal, justificado por razones de urgencia. Así, por ejemplo, la Corte de Apelaciones de París juzgó que la cláusula de mediación previa no limitaba el derecho de las partes a recurrir a los tribunales en caso de urgencia⁶⁶.

⁶² JOLLES, Alexander. “Consequences of multi-tiered arbitration clauses: Issues of enforcement”. En: *Arbitration*. Vol. 72. N° 4, 2006, pp. 329 y ss.

⁶³ Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje, artículo 34.2: “El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por el tribunal indicado en el artículo 6° cuando: (a) La parte que interpone la petición pruebe: (...) (iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley”.

⁶⁴ Convención de Nueva York de 1958: Artículo V.1: “Sólo 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 ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: (...) (d) Que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, que la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje”.

⁶⁵ LEW, Julian D.M.; MISTELAS, Loukas A. y KRÖLL, Stefan M. *Comparative international commercial arbitration*. Ed. Kluwer Law International, 2003, p. 184.

⁶⁶ Cour d'appel de Paris, 14° Ch. A, 23/05/2001, *in re* SCM Port-Royal c. Pebay et Samper. En: *Revue de l'arbitrage*, N°2, 2003, p. 403.

Del mismo modo, el artículo 13° de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre conciliación, contempla ésta como una excepción al principio general: “Cuando las partes hayan acordado recurrir a la conciliación y se hayan comprometido expresamente a no entablar, en un determinado plazo o mientras no se produzca cierto hecho, ningún procedimiento arbitral o judicial con relación a una controversia existente o futura, el tribunal arbitral de justicia dará efecto a ese compromiso en tanto no se haya cumplido lo en él estipulado, *salvo en la medida necesaria para la salvaguardia de los derechos que, a juicio de las partes, les correspondan*. El inicio de tal procedimiento no constituirá, en sí mismo, una renuncia al acuerdo de recurrir a la conciliación ni la terminación de ésta”. Ello implica, por un lado, que la prohibición de iniciar procedimientos adversariales cede cuando sea necesario, siendo el caso de las medidas cautelares uno de los contemplados en esta situación⁶⁷; y, por el otro, que la solicitud de una medida cautelar no es causa para evitar, luego de trabada la medida, la etapa previa de mediación.

El problema que esto plantea, al menos en el ámbito del derecho argentino, es que las medidas cautelares solicitadas a un tribunal judicial (regla que podría, asimismo, ser aplicable a un procedimiento arbitral) antes del inicio del juicio, caducan de pleno derecho a los 10 días de haberse hecho efectivas, si dentro de ese lapso no se interpone la demanda (Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, artículo 207)⁶⁸. Para evitar esa situación, el solicitante debería promover la demanda a fin de evitar la caducidad de la medida cautelar, pidiendo al mismo tiempo la suspensión del trámite hasta tanto se haya dado cumplimiento a la etapa previa de mediación⁶⁹.

2.5. Problemas que plantean las cláusulas escalonadas

La experiencia internacional se ha encargado de demostrar que las cláusulas en análisis no siempre logran el saludable propósito que las anima. Ciertamente es que los casos que toman estado público son precisamente los que han planteado dificultades, mientras que no se conocen aquellos en los cuales

⁶⁷ En las Notas Explicativas de la Ley Modelo se aclara: “Incluso en el caso de que las partes hayan acordado renunciar a su derecho de entablar procedimientos arbitrales o judiciales en el curso de la conciliación, el artículo 13 establece la posibilidad de que una parte desatienda ese acuerdo cuando, en su opinión, eso es necesario para salvaguardar sus derechos. La disposición está basada en el supuesto de que las partes se limitarán de buena fe a entablar procedimientos arbitrales o judiciales cuando esos procedimientos sean verdaderamente necesarios para salvaguardar sus derechos. Entre las razones que pueden justificar esos procedimientos cabe mencionar *la necesidad de solicitar medidas cautelares* o de evitar que expire un plazo de prescripción” (párr. 85). (*El énfasis añadido es nuestro*).

⁶⁸ Como consecuencia de la caducidad prescripta por la ley, se imponen al solicitante las costas y los daños y perjuicios causados, y la medida no podrá proponerse nuevamente por la misma causa antes de la promoción del juicio.

⁶⁹ De conformidad con el artículo 176 del Código, el juez puede suspender la prosecución del proceso principal “cuando lo considere indispensable por la naturaleza de la cuestión planteada”.

el mecanismo previsto resultó exitoso, útil y satisfactorio. Es probable que los primeros sean cuantitativamente minoritarios frente a los segundos. Pero la sola existencia de aquellos hace conveniente prevenir, a fin de no tener luego que lamentar.

Una primera dificultad suele presentarse a la hora de determinar si la instancia negocial previa es obligatoria o facultativa. En buena parte de los casos que han derivado en instancias judiciales ese era, precisamente, el tema principal a decidir. Esta dificultad, con todo, no es insalvable: si las partes se preocuparon por reflejar con claridad en la cláusula el carácter facultativo u obligatorio de la etapa previa, este problema puede reducirse significativamente. Aunque, anoto, tal vez no pueda evitarse si, no obstante la precisión de la cláusula, una de las partes insiste tozudamente en pretender que tiene un significado diferente del que surge de su propia formulación.

Más complejas de resolver –y más difíciles de evitar– son las dificultades que surgen para determinar en qué consiste la etapa previa que las partes convinieron, y cómo se prueba su cumplimiento a fin de hacer expedita la vía del arbitraje. Las diferencias semánticas expuestas en el parágrafo 1.2 dan cuenta de los problemas que pueden plantearse a la hora

de determinar –y probar– que la instancia negocial se cumplió.

Si la cláusula hace referencia a la obligación de las partes de intentar una solución a través de “negociaciones” ¿cuándo se considera que hubo negociaciones? ¿Basta, para ello, con probar que las partes se reunieron? ¿Cómo se acredita el cumplimiento de esta etapa? Ya se vio que, desde un punto de vista técnico, no existe negociación si las partes no buscaron, efectivamente, un acuerdo, aunque se hubiesen reunido. Sin embargo, creo que debe adoptarse una posición flexible y considerar, salvo inequívoca prueba en contrario, que la existencia de comunicaciones o reuniones entre las partes hace presumir que hubo negociaciones: por un lado, porque no es razonable interpretar que al aludir en la cláusula a “negociaciones”, las partes estuvieran refiriéndose al significado técnico de la palabra; por el otro, porque es dable presumir que esas conversaciones tuvieron por objeto intentar un acuerdo que pudiera evitar el pleito.

Similares dificultades acarrea la cláusula mediante la cual las partes comprometen “sus mejores esfuerzos” para alcanzar un acuerdo antes de iniciar un procedimiento arbitral, o se obligan a negociar “de buena fe”. ¿En qué consiste la obligación de participar o negociar “de buena fe”⁷⁰, o de realizar

⁷⁰ En algún caso se juzgó que una obligación de “negociar de buena fe” es *amorfa* y de un significado *nebuloso*, ya que incluye factores tan inciertos e indefinidos que la determinación de si esa obligación se cumplió o no termina tomándose sobre la base de conjeturas. US Court for the Southern District of New York, 1982, *in re Candid Productions Inc. vs. Int'l. Skating Union*, 530 F.Supp. 1330, 1337 (S.D.N.Y.1982).

También que esta cláusula es *indefinida*. US Court of Appeals for the Second Circuit, 2/02/1984, *in re Reprosystem Bv vs. Scm Corporation*, 727 F.2d 257; Fed. Sec. L. Rep. P 99, 667.

los “mejores esfuerzos”?⁷¹, ¿cómo hacerla efectiva? y, en todo caso, ¿cómo probar que esos mejores esfuerzos se hicieron (de modo de acreditar que el requisito de admisibilidad, la condición previa a que las partes sometieron el derecho/obligación de arbitrar, se cumplió)?⁷² Debe tenerse en cuenta que, aunque el significado de estas cláusulas pudiese ser inferido del contexto negocial en que se incluyeron, ellas en modo alguno obligan a las partes a dejar de lado sus intereses con tal de alcanzar un acuerdo⁷³.

No obstante, las discusiones que puede plantear sobre el alcance de lo pactado —en razón de las diferencias semánticas comentadas en el párrafo

1.2— en una etapa previa de “conciliación” o “mediación” la prueba de su cumplimiento es, en principio, más sencilla. En estos casos habrá existido un tercero designado que, presumiblemente, habrá convocado a las partes a alguna audiencia o habrá realizado gestiones específicamente tendientes a buscar un acuerdo, y es probable que existan declaraciones escritas de las partes o del propio tercero neutral que documenten la realización de las gestiones y la imposibilidad de lograr un acuerdo⁷⁴. De todas formas, debe tenerse presente que el tercero neutral está, usualmente, sometido a un estricto régimen de confidencialidad, que le impide ser luego citado como testigo o aportar información sobre el contenido de

⁷¹ En otro caso, se juzgó que la cláusula de “mejores esfuerzos” traduce una fórmula *ambigua*. US Court of Appeals for the Third Circuit, 2001, *in re Martin vs. Monumental Life Ins. Co.*, 240 F.3d 223, 233 (3rd Cir. 2001). Un análisis de las múltiples variantes de cláusulas de “mejores esfuerzos” puede verse en: ADAMS, Kenneth A. “Understanding ‘best efforts’ and its variants (including drafting recommendations)”. En: *The Practical Lawyer*. Agosto de 2004, pp. 11 y ss.

⁷² En el contexto de un contrato de inversión, se había pactado que, en caso de conflictos entre el inversor extranjero y el Gobierno respecto de la inversión, “se harían todos los esfuerzos para lograr un acuerdo amigable a través de negociaciones directas” y si aquellos no pudieran ser resueltos mediante un acuerdo, serían sometidos a arbitraje. El inversor comenzó un arbitraje en reclamo de alegados incumplimientos del Gobierno, y éste objetó la admisibilidad de la demanda bajo el argumento de que no se habían hecho “todos los esfuerzos” posibles. Aunque el tribunal arbitral consideró probado que la fase previa había sido cumplida, debió hacer énfasis en que el inversor había invitado por escrito al Gobierno a negociar, en reiteradas oportunidades, y que éste nunca había contestado. Tribunal Arbitral *ad hoc*, 1995, *in re Biloune and Marine Drive Complex Limited vs. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana* [95 ILR 183].

⁷³ US Court of Appeals for the Fifth Circuit, 1/08/1989, *in re James P. Knight vs. Rasool S. Sharif*, 875 F.2d 516.

⁷⁴ Conforme la Ley Modelo de UNCITRAL sobre conciliación, “el procedimiento de conciliación se dará por terminado (a) Al concertar las partes un arreglo conciliatorio, en la fecha de ese arreglo; (b) Al efectuar el conciliador, previa consulta con las partes, una declaración en la que se haga constar que ya no hay razones para seguir intentando llegar a la conciliación, en la fecha de tal declaración; (c) Al hacer las partes al conciliador una declaración de que dan por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración; o (d) Al hacer una parte a la otra o las otras partes y al conciliador, si se hubiere designado, una declaración de que da por terminado el procedimiento de conciliación, en la fecha de tal declaración” (artículo 11).

las conversaciones mantenidas durante el proceso de conciliación o mediación⁷⁵.

Aunque saludable y correcta, la tendencia jurisprudencial a ordenar la remisión de las partes a la instancia previa, complica más las cosas. No tanto por obligarlas a negociar (al fin y al cabo, así lo habían convenido), sino por las dudas acerca de las consecuencias que esa decisión proyecta sobre la instancia arbitral. Como se ha visto, no existe unanimidad en las decisiones jurisprudenciales respecto de cuál es la consecuencia de no cumplir con la etapa previa: algunos tribunales han resuelto que la demanda debe rechazarse para, en su caso, iniciar luego otro arbitraje; otros han resuelto que corresponde apenas suspender el juicio arbitral.

Con todo, esa es la menor de las complicaciones. Más preocupante es el riesgo de que se considere que el incumplimiento de la instancia negocial previa impide siquiera invocar los efectos de la cláusula arbitral, como se pone en evidencia en algunos precedentes judiciales norteamericanos y en la misma ley inglesa.

En un caso, se resolvió que, aunque la cláusula también contenga un pacto arbitral, este último no es ejecutable si las partes lo condicionaron a una etapa previa de mediación, pues es claro que las partes quisieron que el arbitraje fuese el último recurso. La cláusula contemplaba una primera etapa de negociaciones directas, luego una de mediación por 15 días y, finalmente, arbitraje, previa notificación de la parte que solicitaría el arbitraje a la otra. Una de ellas demandó judicialmente a la otra por falta de pago, y el demandado pidió la suspensión del juicio en razón de la cláusula arbitral contenida en el contrato. La Corte consideró que para que la cláusula arbitral fuese operativa –y pudiese suspender el proceso judicial– las partes debían primero cumplir con la mediación: en su opinión, la obligación de arbitrar todavía no había nacido, pues la cláusula arbitral nunca había sido “activada”. Explicó la Corte que, bajo los términos claros de la estipulación contractual, para invocar la cláusula arbitral, cada parte debía dar dos pasos: primero, pedir la mediación y notificar a la otra parte; luego, notificar su deseo de iniciar el arbitraje. Luego de ello –y sólo luego de ello– la cláusula arbitral produciría efectos⁷⁶.

⁷⁵ Conforme el artículo 10.1 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre conciliación, “las partes en el procedimiento conciliatorio, el conciliador y los terceros, incluidos los que participen en la tramitación del procedimiento de conciliación, no harán valer ni presentarán pruebas, ni rendirán testimonio en un procedimiento arbitral, judicial o de índole similar en relación con: (a) La invitación de una de las partes a entablar un procedimiento de conciliación o el hecho de que una de las partes esté dispuesta a participar en un procedimiento conciliatorio; (b) Las opiniones expresadas o las sugerencias formuladas por una de las partes en la conciliación respecto de un posible arreglo de la controversia; (c) Las declaraciones efectuadas o los hechos reconocidos por alguna de las partes en el curso del procedimiento conciliatorio; (d) Las propuestas presentadas por el conciliador; (e) El hecho de que una de las partes se haya declarado dispuesta a aceptar un arreglo propuesto por el conciliador; (f) Cualquier documento preparado únicamente para los fines del procedimiento conciliatorio”.

⁷⁶ US Court of Appeals for the Eleventh Circuit, 8/05/2002, *in re Kemiron Atlantic Inc. vs. Aguakem International Inc.*, 290 F.3d 1287 (11th Cir., 2002).

En otro, de manera similar, se resolvió –interpretando la estipulación contractual que preveía una instancia de mediación antes de iniciar un arbitraje– que la parte de la cláusula que pactaba el sometimiento a arbitraje no surtía efecto sino luego de haberse cumplido con la mediación⁷⁷. Y, más aun, otra Corte juzgó que no era posible recurrir a un tribunal judicial para hacer valer la cláusula arbitral si no se había dado cumplimiento a la fase preliminar de mediación convenida: “el acuerdo arbitral solamente se activa luego de una mediación fracasada, y sólo si ello ocurre –y cuando ocurra–, las controversias relativas a la cláusula arbitral estarán maduras para ser resueltas por la Corte”⁷⁸.

Como se vio, la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996, al regular la suspensión de las actuaciones judiciales iniciadas respecto de cuestiones comprendidas en un acuerdo arbitral, expresamente aclara que si en la cláusula se pactaron otros procedimientos de resolución de conflictos como previos al arbitraje, la cláusula arbitral sólo podrá invocarse para pretender la suspensión del proceso judicial una vez agotados esos otros procedimientos previos (artículo 9°).

En el parágrafo 2.4 se han puesto de manifiesto las dificultades que estas cláusulas presentan respecto de las medidas cautelares. Aunque parece haber consenso en que son admisibles sin necesidad de agotar previamente la fase negocial, es dable esperar que el tema pueda, en la práctica, suscitar problemas.

También pueden presentarse problemas si la instancia previa es exitosa: puede suceder que por haberse llegado a un acuerdo, si luego éste no se cumple, se pierda la posibilidad de recurrir al arbitraje. Ello puede darse porque se invoque que el arbitraje estaba pactado sólo para la hipótesis de que no hubiese acuerdo o porque el acuerdo haya implicado una novación de la obligación original.

El primer supuesto lo ilustra un caso, en el cual se discutió la admisibilidad del arbitraje que se inició luego del incumplimiento de un acuerdo conciliatorio, precisamente porque éste se había logrado⁷⁹. Las partes habían convenido, en una serie de contratos, que las controversias vinculadas con ellos debían ser resueltas a través de negociaciones amigables y, “en caso de no lograrse un acuerdo” serían sometidas a arbitraje⁸⁰. Surgidas ciertas disputas entre

⁷⁷ US Court of Appeals for the First Circuit, 2003, *in re HIM Portland, LLC vs. Devito Builders Inc.*, 317 F.3d 41, 44 (1st Cir. 2003).

⁷⁸ Court of Appeals for the Northern District of California, 15/05/2006, *in re Hood vs. Terminix Inter. Co., L.P.*, No. C 06-0024, SBA, 2006 WL 1329678 (N.D. Cal. 2006).

⁷⁹ US District Court for the Southern District of New York, 1995, *in re Hart Enterprises International Inc. vs. Anhui Provincial Import and Export Corp.*, 888 F. Supp. 587.

⁸⁰ “All disputes arising from the execution of, or in connection with the [contract], shall be settled amicably through friendly negotiation. In case no settlement can be reached through negotiation, the case shall then be submitted to The Foreign Trade Arbitration Commission of the China Council For the Promotion of International Trade, Peking, for arbitration in accordance with its provisional rules of procedure. The arbitral award is final and binding upon both parties. The fees for arbitration shall be borne by the losing party unless otherwise awarded”.

las partes, estas llegaron a un acuerdo, que involucraba el reconocimiento de una deuda y su pago en cuotas, pero con una quita sustancial de la deuda original. En el acuerdo se había previsto, asimismo, que en caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor en el mismo, el acreedor estaría habilitado para reclamar todas las pérdidas e intereses y las diferencias de precio, “en los términos de los contratos originales”. Ante la falta de pago de lo acordado, el acreedor inició el arbitraje en China, mientras el deudor recurrió a los tribunales judiciales norteamericanos solicitando la suspensión del arbitraje, alegando que el arbitraje había sido pactado para la hipótesis en que no se llegara a un acuerdo en las negociaciones previas, y que, habiéndose logrado ese acuerdo, la cláusula arbitral no era operativa. Aunque la Corte rechazó los argumentos del deudor, el caso ilustra una dificultad más de las varias que estas cláusulas pueden aparejar.

El segundo supuesto podría darse si, como consecuencia del incumplimiento de un contrato que contenía una cláusula escalonada con arbitraje como última instancia, las partes llegan a un acuerdo en la primera instancia, y este acuerdo no es luego cumplido. Si las partes no toman la precaución de prever la subsistencia de la vía arbitral, puede razonablemente considerarse que hubo una novación, y

que las nuevas obligaciones nacidas del acuerdo conciliatorio no están alcanzadas por la cláusula arbitral. Debe recordarse que la novación consiste, precisamente, en la transformación de una obligación en otra (Código Civil argentino, artículo 801), con el efecto de extinguir la primera con todos sus accesorios (artículo 803). Dos soluciones son posibles para evitar este riesgo: incorporar al nuevo acuerdo una nueva cláusula arbitral, o condicionar la extinción de la obligación primigenia al cumplimiento de la nueva⁸¹.

También se expusieron ya los problemas que pueden presentarse para acreditar que la instancia negocial ha sido cumplida. Pero las dificultades no terminan aun cuando el demandante logre convencer a los árbitros de que aquella se llevó a cabo y que no existen razones para rechazar la demanda o suspender el juicio. Si los árbitros no aceptan el planteo del demandado y deciden seguir adelante con el arbitraje, todavía quedará al demandado la posibilidad de obtener, luego, un pronunciamiento judicial (en rigor, varios) que revise la decisión del tribunal arbitral. El demandado puede intentar un recurso de nulidad contra el laudo ante los tribunales judiciales de la sede del arbitraje, y luego oponerse a la ejecución del laudo en extraña jurisdicción⁸².

⁸¹ Esta segunda solución es expresa en el derecho argentino: de conformidad con el artículo 807 del Código Civil “cuando una obligación pura se convierta en otra obligación condicional, no habrá novación, si llega a faltar la condición puesta en la segunda, y quedará subsistente la primera”. Una solución similar fue prevista en el acuerdo conciliatorio celebrado en el caso “Hart Enterprises” recién comentado.

⁸² Debe recordarse que la mayoría de las leyes de arbitraje ha reproducido el artículo 34.2.a.iv) de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje, que prevé, como causal de nulidad la circunstancia de que el procedimiento arbitral no se ajustó al acuerdo entre las partes. Y que, con idéntica redacción, la Convención de Nueva York de 1958 contempla esta situación como causal para denegar el reconocimiento y la ejecución de un laudo extranjero (artículo V.1.d).

3. ALGUNAS SUGERENCIAS PARA REDUCIR LOS PROBLEMAS

Mi principal recomendación es evitar cláusulas escalonadas que puedan dificultar el acceso al arbitraje. Como mínimo, debe evaluarse cuidadosamente si un esquema de pasos múltiples es aconsejable para el caso, dadas las circunstancias particulares que lo rodean: tipo de conflicto que puede surgir, naturaleza de los derechos involucrados, características de las partes y de la relación que existe entre ellas, etcétera.

No obstante, asumiendo que hay situaciones en las que esta opción es, *prima facie*, atrayente —o inevitable—⁸³, creo útil formular algunas sugerencias que permitirían reducir los riesgos y dificultades expuestos. Algunas de esas sugerencias se vinculan con la redacción de la cláusula (parágrafo 3.1); otras, con el comportamiento que las partes deben adoptar durante la fase previa (parágrafo 3.2).

3.1. Recomendaciones para la redacción de cláusulas escalonadas

El alcance y efecto de una cláusula escalonada dependerá, como es obvio,

de la forma en que esté concebida la estipulación. De allí, la importancia de extremar los recaudos a la hora de redactar sus términos.

— Evite dudas sobre el carácter (facultativo u obligatorio) de la fase negocial.

El primer cuidado que debe tenerse es que la cláusula traduzca, inequívocamente, la intención de las partes respecto del carácter de la etapa previa: si ésta es obligatoria o facultativa. Cualquiera sea la decisión que se adopte en relación con esta cuestión, ella debe ser claramente reflejada en el texto, pues una de las causas más frecuentes de discusión en los casos que se han presentado es, precisamente, si se estaba en presencia de una instancia obligatoria o meramente optativa. Si las partes desean que no se pueda recurrir al arbitraje sin haber agotado la primera etapa, debe surgir manifiesta la intención de que ésta sea condición necesaria de aquel⁸⁴. Más aún deben ser claras en el caso contrario, para evitar que se invoque el incumplimiento de la primera fase con el fin de impedir o dilatar el recurso al arbitraje.

Por esta causal, los tribunales de la República Popular China denegaron el reconocimiento de dos laudos, dictados en Estocolmo, al considerar que se había violado el acuerdo al no haberse cumplido con las negociaciones pre-arbitrales estipuladas. Cheng Intermediate Court, 30/04/2008, *in re Pepsico vs. Sichuan Pepsico Co. y Pepsico China v. Sichuan Yunlv Industrial Co. Ltd.*, reportados en: *Fulbright & Jaworski International Arbitration Report*, Diciembre de 2009. N° 2, 2009, p. 7.

⁸³ Admito que no es sencillo, desde la perspectiva de quien está negociando un contrato —y en ese momento—, resistir la presión que implica una sugerencia de la otra parte de incluir una cláusula como ésta. Es, ciertamente, incómodo negarse a incluir en el contrato una estipulación que está inspirada en las mejores intenciones —en tanto procura evitar el recurso inmediato a un método adversarial— y que establece un deber de intentar, previamente, una solución negociada.

⁸⁴ Los tribunales arbitrales, en general, han interpretado que el carácter obligatorio de la instancia previa negocial debe surgir “expresa e inequívocamente” de la cláusula. Laudo preliminar,

– *Evite dudas sobre las consecuencias del incumplimiento de la fase inicial*

Dado que, como se ha expuesto, no hay una solución uniforme acerca de las consecuencias que el incumplimiento de la instancia negocial proyecta sobre la acción o sobre el proceso arbitral, podría considerarse la posibilidad de estipularlo.

Al respecto, se me ocurren al menos dos opciones, según sea el deseo de las partes. Si lo que se busca es “penalizar” a quien haya instado el arbitraje sin haber dado cumplimiento a la primera etapa, convendría pactar que la acción será inadmisibile y que el tribunal arbitral deberá rechazar la demanda. Si, por el contrario, se prefiere favorecer el mantenimiento de la instancia arbitral, sería conveniente pactar que el tribunal arbitral deberá solamente suspender el proceso hasta tanto se acredite el agotamiento de la fase previa.

– *Evite dudas sobre el contenido de la fase negocial*

También deben precisar en qué consiste esa primera etapa. Pero es necesario tener presente que –como se vio en el párrafo 1.2– no existe un entendimiento común y universal sobre el significado de los mismos términos.

Si la instancia previa es de “negociaciones”, el problema no parece ser tanto las dudas que pueden presentarse para precisar su significado, sino para

acreditar que se ha dado cumplimiento a lo estipulado. ¿Cómo se prueba que las partes negociaron? Agregar condiciones adicionales (negociar “de buena fe”, “lealmente”, “poner sus mejores esfuerzos”, o similares) sólo agrava el problema, pues para dejar expedita la vía arbitral habrá que demostrar no sólo que se negoció, sino que se lo hizo dando cumplimiento a las condiciones estipuladas.

Como se anticipó, es relativamente más sencillo probar que se dio cumplimiento a la primera etapa si ésta consiste en una “mediación” o una “conciliación”. Pero aquí el problema se presenta con la falta de entendimiento común sobre lo que cada uno de estos términos significa, como se ha ilustrado en el párrafo 1.2. Si, por ejemplo, se acordó una fase previa de “conciliación”, y se interpreta que ésta consiste en la intervención de un tercero neutral que efectúa propuestas conciliatorias, habrá que acreditar no sólo que el tercero intervino, sino también que formuló las propuestas y que no fueron aceptadas.

También –en este caso–, pactar condiciones especiales que deben reunirse en la instancia previa, apareja más problemas que soluciones. Hay casos en que, con la mejor intención, las partes estipulan que la mediación o conciliación debe realizarse con la participación de un cierto rango de ejecutivos de las empresas involucradas. Si el cargo es definido de manera precisa (por ejemplo, el Gerente General), la presencia de cualquier otro

26/06/1985. Caso N° 4229. En: *ICC Bulletin*. Vol. 14. N° 1, 2003, p. 74; Laudo final, 1995. Caso N° 8073. En: *ICC Bulletin*. Vol. 14. N° 1, 2003, p. 80.

funcionario diferente podrá suscitar un planteo de que no se cumplió con la cláusula. Y si se alude al cargo con mayor generalidad (por ejemplo, “un funcionario de alta jerarquía dentro de la empresa”) las discusiones acerca de si quien concurrió reunía o no esa condición podrían ser interminables.

Parece preferible, pues, convenir una instancia previa de “mediación”. Este término es, reconocidamente, más amplio que “conciliación” (y, por lo tanto, con menores exigencias respecto de las gestiones que el tercero neutral debe realizar); y más fácil de acreditar que una “negociación”.

– Refiera siempre circunstancias objetivas y evite pactar condiciones difíciles de cumplir, o de probar

Conviene, asimismo, evitar referirse a circunstancias ambiguas o difíciles de definir. Me inclino por evitar directamente toda condición adicional, pues cuantas más condiciones se pongan, más posibilidades de discusión habrá luego acerca de si esas condiciones se cumplieron o no.

Pero si, aun así, las partes desean convenir –respecto de la previa instancia negocial– algunas condiciones especiales de tiempo, persona, modo o lugar, la recomendación es hacerlo sobre bases objetivas, cuyo significado sea difícil de discutir, y fácil de probar.

– Evite dudas sobre la prueba del cumplimiento de la fase negocial

Buena parte de los problemas comentados tienen origen en la dificultad para acreditar que la instancia previa fue cumplida tal y como se pactó⁸⁵. Para evitarlos, puede ser útil establecer algunos mecanismos concretos respecto de cómo se tendrá por acreditada esa circunstancia.

En negociaciones asistidas, las partes pueden referirse a la certificación que expida el tercero neutral. En negociaciones directas, será conveniente pactar qué conducta objetiva –o, mejor aun, qué constancia documental– será suficiente para tener por probado el cumplimiento de la instancia⁸⁶.

– Evite dudas sobre la duración de la fase negocial

Aun cuando los anteriores aspectos sean claros, y sea posible demostrar que se puso en marcha el mecanismo pactado como previo, quien pretenda pasar a la fase arbitral posterior debe probar que la primera se agotó.

Este aspecto es ciertamente más fácil de acreditar si se trata de una mediación o una conciliación, pues es posible pedir al tercero neutral que extienda una constancia de que la etapa fue cumplida. Pero si lo pactado es una

⁸⁵ Ver, a modo de ejemplo del riesgo que aquí se analiza, el caso “Vekoma”, que se comenta a continuación.

⁸⁶ A modo de ejemplo, en un contrato se pactó que las partes debían, antes de recurrir al arbitraje, intentar una solución negociada. Pero aclararon que “se considerará que el intento de lograr un acuerdo fracasó tan pronto como una de las partes informe por escrito a la otra de esta circunstancia”. Cláusula referida en el laudo preliminar, 1999. “Caso N° 9984”. En: *ICC Bulletin*. Vol. 14. N° 1, 2003, p. 85.

fase de “negociaciones”, la cuestión puede no ser tan sencilla.

Una forma de minimizar los riesgos es establecer algún límite temporal⁸⁷, aunque esta solución tampoco está exenta de dificultades. En primer lugar, podría dar certidumbre sobre cuándo termina, pero obliga a las partes a esperar el plazo íntegro, aun cuando desde el inicio se advierta la imposibilidad de lograr un acuerdo, o la inutilidad de intentarlo. En segundo lugar, si las partes acordaron “negociar” durante un determinado plazo, es necesario pensar en algunas previsiones respecto de cómo se cuenta ese plazo y cuál es el punto de inicio.

Debe cuidarse, sin embargo, que el plazo convenido no ponga en riesgo el ejercicio temporal de los derechos o de las acciones, que pueden estar limitados por plazos de prescripción o de caducidad, especialmente si éstos son breves⁸⁸.

Y mucho más cuidado ha de tenerse en no generar la impresión de que las

partes están estableciendo, ellas mismas, un plazo de caducidad para el ejercicio de la acción arbitral. Ello podría darse, por ejemplo, si las partes previeran que el arbitraje deberá promoverse “dentro de” un determinado plazo luego de fracasadas las negociaciones. Esta situación es ilustrada en un caso resuelto por el Tribunal Federal Suizo, que anuló un laudo por esta razón. En el caso, la empresa holandesa Transport Vekoma BV [Vekoma] debía entregar a la empresa norteamericana Maran Coal Corp. [Maran] un cargamento de fino de coque⁸⁹. Alegando que el material llegó a destino mezclado con carbón mineral común y que ello hacía al producto impropio para su destino, Maran inició un arbitraje. Vekoma alegó, entre otras defensas, que el plazo para promover una demanda arbitral se había vencido, dado que la cláusula establecía la controversia “debía” someterse a arbitraje “dentro de los 30 días posteriores” al acuerdo de que aquella no podría resolverse a través de negociaciones⁹⁰. El tribunal

⁸⁷ En opinión de Derains, aunque una cláusula escalonada no es, necesariamente, patológica, puede serlo “cuando los dos procedimientos no se encuentran claramente separados y, sobre todo, cuando la duración del primero no está expresamente limitada en el tiempo y falta una definición objetiva de su eventual fracaso, sin lo cual nunca se sabe si la fase arbitral puede empezar”. DERAINS, Yves. “Cláusulas compromisorias patológicas y combinadas”. En: (Director: SILVA ROMERO, Eduardo) *El contrato de arbitraje*. Bogotá: Ed. Legis, 2005, pp. 190 y ss.

⁸⁸ Por ejemplo, en el derecho argentino, las acciones derivadas de los vicios redhibitorios (tanto la acción redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, como la acción para que se baje del precio el menor valor por el vicio) prescribe a los tres meses de conocido el vicio (Código Civil, artículo 4041).

⁸⁹ Fino de coque (*coke breeze*) es un combustible obtenido de la destilación de la hulla, un carbón mineral, usado principalmente como aglomerante por las fábricas de acero.

⁹⁰ Literalmente, la cláusula disponía: “Any dispute of whatever nature arising out of or in any way relating to the Contract or to its construction or fulfillment may be referred to arbitration; such arbitration shall take place in Geneva (Switzerland) and shall proceed in accordance with the rules of the International Chamber of Commerce. The said difference or dispute shall [be] so referred by either party within thirty days after it was agreed that the difference or dispute cannot be resolved by negotiation”.

arbitral se constituyó y, luego de dos años de proceso, rechazó el planteo de la demandada, considerando que la solicitud de arbitraje había sido temporánea, en función de los hechos del caso⁹¹. En cuanto al fondo, hizo lugar al reclamo y condenó a Vekoma al pago de una indemnización. Vekoma pidió, ante los tribunales suizos (sede del arbitraje) la nulidad del laudo invocando, entre otras razones, que el arbitraje había sido iniciado luego de fenecido el plazo previsto para su iniciación. El Tribunal Federal Suizo, al fin, interpretó que el plazo no se había cumplido y que la solicitud de arbitraje había sido extemporánea, por lo que declaró la nulidad del laudo⁹². Más allá de las críticas de que este fallo pueda ser susceptible⁹³, ilustra dos riesgos que

interesa destacar, a los fines de poder prevenirlos: por un lado, el ya comentado sobre la necesidad de prever formas objetivas de demostrar que la etapa fue cumplida; por el otro, el de poner en riesgo la vigencia u operatividad de la cláusula arbitral.

3.2. Qué hacer durante la etapa negocial

La recomendación obvia, en este aspecto, es atenerse estrictamente a lo pactado, respetando escrupulosamente el comportamiento que las partes acordaron adoptar.

Más allá de que es conveniente porque incrementa las posibilidades de alcanzar un acuerdo, negociar lealmente y

⁹¹ En octubre de 1991, Maran notificó a Vekoma de la no-conformidad con el producto recibido e invitó a Vekoma a formular sus comentarios. Vekoma respondió prometiendo investigar el asunto. Luego las partes se reunieron dos veces para discutir el problema, pero no llegaron a un acuerdo. El 9 de enero de 1992, Maran remitió una nota con el detalle de los perjuicios sufridos y expresó: "Si Uds. tienen alguna duda, estamos dispuestos a dar las explicaciones que requieran. Mientras tanto, deseáramos tener una respuesta de vuestra parte tan pronto como les sea posible, y no después del 17 de enero. Si, para esa fecha, Uds. no estuvieran en condiciones de solucionar el problema, lamentablemente tendremos que solicitar el arbitraje en los términos del contrato". Vekoma no respondió a esta nota. Luego de tres meses, el 3 de abril de 1992, Maran remitió una nueva nota a Vekoma, diciendo: "Continuamos esperando una respuesta a la propuesta de acuerdo enviada por comunicación del 9 de enero de 1992". El 13 de abril, Vekoma contestó: "Nosotros habíamos asumido que la cuestión estaba cerrada".

El tribunal arbitral interpretó que para que el plazo de 30 días comenzara a correr, debía haber un acuerdo —expreso o implícito— entre las partes acerca del fracaso de las negociaciones. Luego de oír a los testigos, el tribunal concluyó que, bajo las circunstancias, el silencio de Vekoma no constituía una inequívoca demostración del fracaso de las negociaciones, y que esa actitud de la demandada había sido deliberadamente maliciosa. En base a ello, interpretó que el plazo no había comenzado a correr sino hasta el 13 de abril de 1992, y que la solicitud de arbitraje —de fecha 11 de mayo— había sido presentada en término.

⁹² Tribunal fédéral suisse, 17/08/1995, *in re* "Transport Vekoma BV vs. Maran Coal Corp" En: *ASA Bulletin*, 1996, p. 673.

⁹³ De hecho, y con razón, se le critica que para anular el laudo el Tribunal Federal debió revisar lo decidido por los árbitros en cuanto a los hechos del caso, lo que por principio está vedado en la instancia judicial de anulación. También que es incoherente pretender que el Tribunal Federal estaba en mejores condiciones que el tribunal arbitral de interpretar los hechos, siendo que este último había adoptado su decisión luego de valorar testimonios y pruebas, cosa que aquel no hizo. FRIEDLAND, Paul D. "The Swiss Supreme Court sets aside an ICC award". En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 13. N° 1, 1996, pp. 111 y ss.

de buena fe puede evitar cuestionamientos futuros acerca del cumplimiento de la instancia. Sobre todo si a ello se comprometieron las partes. Negociar a desgano requiere el mismo tiempo y esfuerzo que hacerlo con verdaderos deseos de llegar a un acuerdo. Apenas “asistir” a una mediación o conciliación “para cumplir” insume idéntico esfuerzo que “participar” realmente en ella. Adoptar una actitud positiva y conciliadora es triplemente beneficioso: aumenta las chances de lograr un acuerdo, honra la palabra empeñada y ayuda a minimizar las objeciones acerca del cumplimiento de la fase negocial.

Desde otra perspectiva, es igualmente importante ajustarse de la manera más fidedigna posible a lo convenido. Existe el riesgo de que se interprete que el método pactado como la fase inicial no es intercambiable con otro, aun similar, que cumpla idéntica finalidad. En un caso, por ejemplo, los tribunales norteamericanos resolvieron que si las partes previeron una “mediación” como condición para promover una acción judicial, no son admisibles los argumentos tendientes a demostrar que se cumplió sustancialmente con el propósito que aquella perseguía por el hecho de haber mantenido las partes “negociaciones directas”⁹⁴.

Pero también es importante documentarlo. Como habrá de ser necesario, para poder acceder al arbitraje, acreditar que se dio cumplimiento a la etapa previa, es conveniente que las actividades

desplegadas a ese fin sean prolijamente documentadas. Especialmente si se trata de negociaciones directas, en las cuales no se cuenta con las constancias que pueda expedir el tercero neutral.

El consejo para la etapa negocial, pues, es simple: atégase a lo pactado y documéntelo.

4. CONCLUSIONES

Con todo lo simpáticas o atrayentes que estas cláusulas puedan resultar, dudo muy seriamente de su eficacia.

Salvo crear alguna suerte de “obligación moral”, las cláusulas que hacen de la negociación una instancia puramente facultativa, carecen de efectos prácticos, pues sólo *permiten* hacer algo que, de todas maneras, pueden hacer, con o sin estipulación previa. Dicho de otro modo: para que, suscitado el conflicto, las partes puedan intentar un acuerdo a través de negociaciones directas o recurriendo al auxilio de un tercero, no se necesita una cláusula.

También me permito poner en duda el efecto práctico de las cláusulas que hacen obligatoria la etapa previa de negociaciones. Salvo que esté perfectamente delimitado –y sobre bases objetivas y comprobables– cuándo y cómo se dará por cumplida esa instancia, estas cláusulas pueden terminar dando lugar a objeciones y planteos al momento de recurrir al arbitraje. Si las partes quieren negociar o concurrir a una

⁹⁴ US Court of Appeals for the Seventh Circuit, 16/01/1987, *in re Devalk Lincoln Mercury Inc. vs. Ford Motor Company*, 811 F.2d 326 (7th Cir., 1987).

mediación antes de llegar al arbitraje podrán hacerlo aunque no se haya convenido de antemano. Y si alguna de ellas, llegado el caso, no quiere hacerlo, la eficacia de forzarla a concurrir a una negociación es, cuanto menos, dudosa. El pacto, en todo caso, sólo puede tener por efecto crear la obligación de concurrir y participar en una instancia de negociación (directa o asistida). Como es obvio, nadie puede ser obligado a acordar, y es muy difícil siquiera obligar a alguien a intentar seriamente y de buena fe llegar a un acuerdo. Si la negociación es, por definición, voluntaria y sólo es útil cuando ambas partes seriamente buscan un acuerdo, ¿tiene sentido obligar a una de las partes a concurrir a una instancia de negociación si no quiere negociar?⁹⁵

También, es dudosa la eficacia de una instancia negocial que sea, necesariamente, *previa* al arbitraje. Los conflictos mutan con el transcurso del tiempo⁹⁶. Pueden cambiar los intereses de las partes o su convencimiento acerca de la necesidad o utilidad de lograr un acuerdo. Cualquiera que tenga alguna mínima experiencia en manejo de conflictos sabe que no existe, en abstracto, “un” momento ideal para intentar un arreglo. En ocasiones, es preferible intentarlo tempranamente para evitar la escalada del

conflicto que puede producir la gestión adversarial; en muchas otras es mejor dejar que el desgaste propio del juicio termine de convencer a las partes de la ineficacia de continuar litigando; y en otras, por fin, las partes necesitan que el proceso adversarial avance para tener una percepción de las fortalezas o debilidades de su caso⁹⁷. No es infrecuente que se alcancen acuerdos en el curso del juicio, o aun a escasas horas de ser notificadas de la sentencia. Suponer que *siempre* es conveniente intentar un acuerdo *antes* de iniciar un proceso adversarial es no conocer la dinámica de los conflictos.

Es cierto que una estipulación que obligue a una previa etapa de negociaciones puede contribuir a crear un clima favorable a la búsqueda de un acuerdo conciliatorio. Pero ello sólo es así cuando las partes acuden a ella de buena fe, aunque sólo lo hagan para cumplir lealmente con el compromiso asumido. Las posibilidades de crear una atmósfera amigable son escasas si la participación en la instancia negocial es resistida e impuesta a la fuerza a una de las partes. Y si, además, esa previa etapa obligatoria se convierte en un escollo para acceder al arbitraje, o da nacimiento a planteos e incidentes de la más variada índole,

⁹⁵ En relación con ello, se recuerda un dicho popular británico: “si no puedo obligar a un caballo a llegar hasta la orilla del río, mucho menos podré obligarlo a beber”. JARROSSON, Charles. “La sanction du non-respect d’une clause instituant un préliminaire obligatoire de conciliation ou de médiation”. En: *Revue de l’arbitrage*. N°4, 2001, pp. 752 y ss.

⁹⁶ CAIVANO, Roque J.; GOBI, Marcelo y PADILLA, Roberto E.. *Negociación y Mediación*. 2ª Edición. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 2006, pp. 112 y ss.

⁹⁷ Por esas mismas razones, he considerado inadecuadas las normas de algunos reglamentos de arbitraje que imponen a los árbitros el deber de convocar a las partes a una audiencia conciliatoria en un determinado momento del proceso. CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2ª Edición. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc, 2000, p. 227.

las ventajas de las cláusulas escalonadas disminuyen sensiblemente⁹⁸.

No se me escapa que cuando se está negociando la cláusula de solución de disputas para incluir en un contrato, y una de las partes sugiere incorporar una etapa de negociaciones previa al arbitraje, es difícil resistirse. Y, tampoco, ignoro que plantear, en ese momento, las dudas que se han expuesto en este trabajo es todavía más odioso. Pero un abogado previsor no puede dejar de considerar la posibilidad de que la cláusula sea luego utilizada como táctica dilatoria o para obstruir el curso de un arbitraje. Tengo la impresión de que la mayoría de las partes que objetan la admisibilidad de la demanda arbitral por no haberse agotado la instancia previa de negociación, en rigor de verdad ya no quieren negociar con su contraparte, sino que lo hacen por motivos estratégicos, y por los efectos que esa objeción proyecta sobre el procedimiento arbitral.

Entiéndase bien: sostengo que si las partes se comprometieron a negociar antes de iniciar un arbitraje, esa cláusula es obligatoria y debe hacerse cumplir; sostengo también que si –en esas condiciones– una de las partes objeta cuestiona la admisibilidad de la demanda arbitral, tendrá razón y habrá que acceder a su petición. Pero sostengo igualmente que es dudosa la utilidad que ello puede reportar a las partes. La falta de utilidad no es razón suficiente para desestimar el planteo de quien objeta la temporaneidad del arbitraje. Sí lo es para poner en duda

la conveniencia de pactar una instancia negocial como condición de admisibilidad del arbitraje.

Aunque cuantitativamente sean escasos los supuestos problemáticos, estos existen. Y justifican, cuanto menos, que se analice concienzudamente la conveniencia de incluir requisitos de admisibilidad de una demanda arbitral. Condicionar el recurso al arbitraje entraña riesgos, que deben ser sopesados en comparación con las ventajas que ello reporta.

Los métodos de autocomposición son, desde todo punto de vista, preferibles a cualquier otro, por las razones apuntadas en el parágrafo 1.3. Pero, para ser eficaces, requieren una serie de condiciones que no siempre se cumplen (o que no se cumplen en el momento en que las partes previeron recurrir a ellos). La más importante de esas condiciones es la real disposición de las partes a buscar un acuerdo.

Lo paradójico de estas cláusulas es que se conciben para evitar una confrontación directa, para brindar un espacio de reflexión y cooperación antes de embarcarse en un pleito, pero en ocasiones terminan siendo, ellas mismas, la causa de un “meta-pleito”, donde se discute si el pleito podrá comenzar o deberá terminar o suspenderse. Y esos “meta-pleitos” muchas veces ocasionan una incidencia judicial. En estos casos, la paradoja es llevada al extremo, pues las partes terminan embarcadas en un

⁹⁸ Como irónicamente sugiere el profesor VARADY, un vaso de vino puede igualmente contribuir a crear una atmósfera amigable, y es más barato. VARADY, Tibor: “The courtesy trap arbitration if no amicable settlement can be reached”. En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 14. N° 4, 1997, pp. 5 y ss.

litigio judicial, no obstante, haber querido evitarlo.

En suma: las partes deben evaluar con prudencia la conveniencia de pactar cláusulas escalonadas con etapas negociales previas y obligatorias. Me inclino por evitarlas, porque son susceptibles de aparejar más problemas que soluciones. Si, de todas formas, se

desea que el arbitraje no esté disponible sino luego de un determinado paso previo de negociaciones, es conveniente que ese paso previo sea claramente definido, fácil de cumplir y su cumplimiento fácil de probar. De otro modo, una condición que nació con las más nobles intenciones, puede terminar convirtiéndose en una eficaz herramienta para dilatar, sino impedir, el recurso al arbitraje.

LA “AUTONOMÍA” DEL ACUERDO ARBITRAL Y EL PRINCIPIO “COMPETENCIA/COMPETENCIA”: UNA PRIMERA MIRADA A CHINA

EMILIO J. CÁRDENAS (*)

SUMARIO: 1. *La noción de “autonomía” del “acuerdo arbitral” y el principio de “competencia/competencia”.* 2. *La situación en China. Una primera aproximación.*

La noción de la “autonomía” del llamado “acuerdo arbitral” y el principio de la “competencia del propio tribunal arbitral” para decidir acerca de su propia jurisdicción son –ambos– reconocidos, con sus particularidades y modalidades, en la mayor parte de los países del mundo actual.

En este breve trabajo nos referiremos primero al alcance general de ambas nociones, para explorar luego cual es la situación al respecto en la que hoy es la potencia comercial emergente probablemente más importante del mundo en cuyo seno la situación arbitral está creciendo más fuertemente: China.

1. LANOCIÓNDE “AUTONOMÍA” DEL “ACUERDO ARBITRAL” Y EL PRINCIPIO DE “COMPE- TENCIA/COMPETENCIA”

1.1. Para definir al “acuerdo arbitral” cabe –por ejemplo– referirse

a la Ley Modelo de Uncitral sobre Arbitraje Comercial Internacional, que al respecto nos dice que: es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que surjan o puedan surgir entre ellas, respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El “acuerdo arbitral” puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida específicamente en un contrato (a la que, en el mundo arbitral, se conoce como: *clause compromissoire* esto es, “cláusula compromisoria”) o la de un acuerdo suscripto por separado (a la que, en ese mundo, se suele denominar, en cambio, como: *compromis*, esto es “compromiso arbitral”)¹. En general se considera que lo habitual es que los arbitrajes deriven de “cláusulas compromisorias”, más que de “compromisos” individuales. No

(*) Ex Embajador de la República Argentina ante las Naciones Unidas.

¹ Véase: Ley Modelo Uncitral, Artículo 7, inciso (1). En: DORE, Isaac I.: *Arbitration and Conciliation Under the Uncitral Rules: a Textual Analysis*. Martinus Nijhoff Publishers, 1986, p 226. También:

obstante, lo cierto es que ambos caminos están disponibles².

Por ello, como bien señala, sintéticamente, Julio César RIVERA, “es un contrato por el cual las partes se obligan a someter a arbitraje una controversia futura”³.

La “cláusula compromisoria” supone definir cuales serán las controversias que, de aparecer, las partes someterán a arbitraje, para ser así dirimidas. Un acuerdo realizado *ex ante*, entonces. Años atrás, un “acuerdo arbitral” para resolver disputas o divergencias futuras no era aceptado por el *common law*, que lo consideraba como un intento de sustraer a los tribunales la jurisdicción que les correspondía. Esto fue modificado paulatinamente mediante la sanción de normas de índole estatal que ahora han desplazado completamente a esa noción, hoy considerada obsoleta⁴.

Lo que la diferencia ciertamente del llamado “compromiso arbitral”, que en cambio se refiere al acuerdo a través del cual las partes deciden someter a arbitraje

una controversia explícita, ya existente. De modo *ex post*, entonces⁵.

En la Argentina, las normas procesales de derecho interno (que desgraciadamente no han sido remozadas pese a los esfuerzos de algunos profesionales) siguen exigiendo la existencia de un “compromiso arbitral”.

De allí que se entienda que el “acuerdo arbitral” es una promesa de arbitrar, cuyo cumplimiento puede eventualmente ser demandado judicialmente para que, en caso de negativa de alguna de las partes, el juez la sustituya –*motu proprio* o a pedido de parte– y otorgue, en su lugar, el “compromiso arbitral” que, según crea, resulte pertinente.

La cuestión ha sido, no obstante, resuelta de manera diferente en las principales convenciones internacionales, que tienden a unificar ambos conceptos.

Hay quienes aclaran, asimismo, que el “acuerdo arbitral” debe distinguirse también del acuerdo de las partes con los árbitros, que tiene otro objeto y otras partes entonces⁶.

Código de Arbitraje (PÉREZ LORCA, abogados) Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 277 et. seq. Recuerdan a Yves DERAIS y Erica SCHWARTZ (en el excelente libro: *El Nuevo Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. Oxford, 1998, p. 107) quienes señalan que la CCI no requiere expresamente que haya, en un contrato formal, una cláusula arbitral expresa, ni establece tampoco requisitos particulares de forma. No obstante, es necesario producir alguna prueba por escrito de la misma, sea ésta en forma de intercambio de e-mails, telexes, faxes o hasta de proyectos de contrato inicialados por las partes en disputa. Pero como también se dispuso en el particular caso “Cekobanka”, debe haber al menos una posibilidad razonable de verificar empíricamente la existencia (o no) de un “acuerdo arbitral”.

² Véase: RODMAN, Robert M. *Commercial Arbitration*. West, 1984, p. 82.

³ Véase: RIVERA Julio César. *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*. Lexis Nexis, 2007, p. 96.

⁴ Véase: RODMAN. *Op. cit.*; supra 2, pp. 94 et seq.

⁵ Véase: RIVERA. *Op. cit.*; supra nota 2, p. 96.

⁶ Conf: RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *International Arbitration Law*. Kluwer, 1989, pp. 115, et seq.

En algunas legislaciones y circunstancias el “acuerdo arbitral” puede extenderse a partes que no han sido necesariamente signatarias del mismo⁷.

1.2. *La noción de autonomía:* Cuando se habla de la noción de *autonomía* del “acuerdo arbitral” se quiere decir que ese acuerdo particular cuando está dentro de un contrato más amplio debe ser entendido o interpretado como un contrato dentro de otro, autónomo entonces. Por consiguiente, no se debe de entender como un accesorio.

De allí que la validez y eficacia del “acuerdo arbitral” debe entenderse como una cuestión independiente de la de su contrato subyacente o principal. La ineficacia o invalidez del último no causa automáticamente, en consecuencia, la del “acuerdo arbitral”, que tiene así una suerte de “autonomía” o “vida propia”⁸.

Por ende, tanto en el arbitraje internacional como en el doméstico, la eventual nulidad del contrato subyacente o principal no enerva –de por sí– la validez del “acuerdo arbitral”, que es sustancialmente independiente y puede ser preservado⁹.

De lo antedicho se desprende, en consecuencia, que una impugnación por nulidad del contrato principal o subyacente no transforma directamente al respectivo tribunal arbitral en incompetente. Esto, con frecuencia, por aplicación del principio o presunción de *favor valitatis* previsto explícitamente por algunas legislaciones en particular, como la suiza.

Es más, esa misma disputa relativa al propio contrato principal o subyacente debería dirimirse a través de la mecánica arbitral oportunamente pactada, que posee entonces vida *separada*, lo que la *preserva* de las vicisitudes específicas del contrato principal o subyacente.

La idea es la de procurar preservar la validez de una cláusula como la arbitral que expresa una intención específica y particular de las partes referida a la manera en la que ellas quisieron que sus eventuales disputas o diferencias fueran dirimidas o resueltas.

Cabe recordar que el caso particular de la *novación* del contrato principal o subyacente merece algunas precisiones

⁷ Véase, al respecto: SOTO COAGUILA, Carlos. “Extensión del Convenio Arbitral a Partes No Signatarias”. En: *Columnas Revista Legal*. Segunda Época. Septiembre-Octubre de 2009. N° 161, pp. 26, et seq.

⁸ VÉASE: J. POUDRET y S. BESSON. *Comparative Law and International Arbitration*. Sweet and Maxwell, 2007, p. 133.

También: RAMALHO ALMEIDA, Ricardo. *Arbitragem I Interna e Internacional*, Renovar, 2003. Especialmente detenerse en la interesante colaboración de CARLOS AUGUSTO DA SILVEIRA LOBO, en pp. 11, et seq. Asimismo, PARRIS, John. *The Law and Practice of Arbitrations*. George Godwin Ltd, 1978, pp. 16, et seq.

⁹ Respecto de los “acuerdos arbitrales” a celebrarse en el universo específico del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, véase: ERIC SCHÄFFER, HERMAN VERBIST y CHRISTOPHE IMHOOS. *ICC Arbitration in Practice*. Kluwer, 2005, pp. 163, et seq. Véase, asimismo: W. LAWRENCE CRAIG, WILLIAM W. PARK y JAN PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3th Edition, 2000, p. 49.

especiales, que han sido adecuadamente formuladas en doctrina¹⁰.

La doctrina antes referida es ya tradicional y ha sido bautizada como la de la “autonomía”, principalmente, en los países del *derecho civil* o como la de la *separabilidad*, en los del *common law*. No está, sin embargo, específicamente incluida en la Convención de Nueva York de 1958.

En rigor, por un buen rato ella estuvo gobernada fundamentalmente por normas y decisiones de los distintos derechos internos y por sus respectivas interpretaciones.

El primer país en reconocerla explícitamente fue Francia, que lo hizo en 1963. Nos referimos al conocido caso “Gosset”, decidido por la Corte de Casación¹¹. La CCI la receptó en 1955. Pero quizás ha sido la “Ley Modelo de Uncitral” de 1988 la gran responsable de su enorme difusión –y amplia aplicación– actual. Gran Bretaña, recordemos, la adoptó recién en 1993.

Uno de los mejores árbitros del mundo del “common law” de todos

los tiempos, el Juez S. SCHWEBEL, ha procurado fundamentar las razones sobre las que se edifica la doctrina de la *separabilidad*¹², “autonomía”, para nosotros.

Primero, nos dice, es sólo natural que las partes, al decidir resolver todas sus disputas mediante la recurrencia al arbitraje, hayan incluido entre ellas a las que se refieren a la validez misma del contrato que las liga. Esto puede ser así aún en aquellos supuestos o extremos, relativamente poco comunes, en los que la existencia misma del contrato principal o subyacente no llegó nunca a materializarse.

Segundo, nos recuerda, está la necesidad de preservar la elección del mecanismo arbitral mismo. La jurisdicción del tribunal arbitral actuante no puede quedar siempre expuesta a caer en el supuesto de que se argumente –y logre– que el contrato principal o subyacente es nulo. La *razón de ser* misma de la alternativa arbitral así parece exigirlo¹³.

En tercer lugar, siempre según el mencionado SCHWEBEL, hay también

¹⁰ Véase: RIVERA. *Op. cit.* supra nota 2, p. 106. También, RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. *Op. cit.*; supra nota 6, pp 136, et seq. RIVERA, Julio Cesar. *El principio de autonomía del arbitraje. Claroscuros del derecho argentino*. En: La Ley. Anales. L. N° 43.

¹¹ El fallo completo está en: JCP, Ed G, Pt II, N° 13.405, 1963.

Véase, asimismo: FOUCARD, GAILLARD y GOLDMAN. *On International Arbitration*. Ed Emmanuel Gaillard y John Savage. Kluwer, 1999, p. 199.

En los Estados Unidos, a nivel federal, se aceptó a partir del caso: “Prima Saint vs Flood & Conklin”, que fuera decidido en 1967 por la Suprema Corte de ese país. 388 US 395, 402, 1967.

¹² Véase: S. SCHWEBEL. *International Arbitration: Three Salient Problems*. Grotius Publications Ltd, 1987, pp. 3 et seq.

¹³ Conf: Craig, Park y Paulsson. *Op. cit.*; supra nota 7, p. 515.

una suerte de *ficción* legal que debe presumirse, esto es que las partes en rigor han celebrado dos contratos separados, cuya naturaleza y materia son diferentes.

A lo antedicho hay que agregar, asimismo, otro argumento, recordado también por el propio SCHWEBEL, tomado en este caso de PIETER SANDERS. Me refiero a la circunstancia de que, en la enorme mayoría de los países, la posibilidad de revisar judicialmente la sustancia de lo decidido en un diferendo laudado por la vía arbitral es casi impensable, salvo algunos pocos casos puntuales extremos.

En rigor, la idea extendida es –más bien– que los tribunales judiciales puedan servir de *auxilio* y *apoyo* a los de naturaleza arbitral¹⁴.

Si la alternativa fuera distinta, esto es que *no* se aceptara la noción de la *separabilidad*, los tribunales quedarían expuestos a tener que lidiar frecuentemente con el contenido mismo de las decisiones arbitrales.

Pese a lo antedicho, no es naturalmente imposible que –dependiendo de las circunstancias– tanto el contrato principal o subyacente, como el propio “acuerdo arbitral” excepcionalmente estén –ambos– comprendidos por una misma causal de nulidad¹⁵.

Una de las principales consecuencias de esta doctrina es que los “acuerdos arbitrales” pueden ser eventualmente

gobernados por un *derecho diferente* al del contrato principal o subyacente. Selección que, sin embargo, no es usual que se haga por anticipado. Pese a que la jurisprudencia francesa sostiene que los “acuerdos arbitrales” no están necesariamente vinculados con ningún derecho nacional en especial. En caso de silencio, hasta puede recurrirse a las normas del derecho internacional privado.

La Convención de Nueva York, no obstante, dispone que el acuerdo estará gobernado por la ley a las que las partes se han sometido o, en caso de silencio, por la del país en el que el laudo fue dictado¹⁶.

1.3. Respecto del también conocido principio “*competencia/ competencia*”, que está sustentado de alguna manera en la antedicha doctrina de la *autonomía* o *separabilidad*, hoy está universalmente reconocido que los árbitros son –ellos mismos– competentes para expedirse acerca de su propia competencia.

Como resultado del mismo: (i) los tribunales arbitrales no están obligados a detener de inmediato los procedimientos arbitrales en curso, cuando una de las partes los impugna como incompetentes; y (ii) los tribunales judiciales en algunas jurisdicciones, como la francesa, suelen demorar su pronunciamiento en casos de impugnación de la competencia arbitral de un tribunal que ya se constituido, hasta tanto el respectivo proceso arbitral

¹⁴ S. SCHWEBEL. “L’ autonomie de la Clause Compromissoire”. En: ICC, *Homage a Frederic Eisemann. Liber Amicorum*, 1978, pp. 33 et seq.

¹⁵ Véase: POUDRET y BESSON. *Op. cit.*; supra nota 6, p. 133.

¹⁶ Art.V (1) (a).

en marcha, cuyo tribunal es objetado, haya sido completado. Si, en cambio, el respectivo tribunal arbitral aún no se hubiera constituido y la nulidad fuera *manifiesta*, esos mismos tribunales suelen entonces pronunciarse sobre la impugnación de la competencia arbitral¹⁷.

Así lo dispone concretamente el Reglamento de la CCI, en su artículo 6 (2) que, en esto, sigue al 8 (3) de su anterior versión. Aunque sujeto a lo que, en definitiva diga la Corte, que puede, de no estar convencida, decidir *no* proseguir el arbitraje. Si esto último ocurriera, cualquiera de las partes tiene derecho a recurrir a un tribunal competente para revisar así judicialmente la disputa acerca de si, en rigor, existe o no un “acuerdo de arbitraje”.

Bajo el sistema particular de la CCI, un tribunal arbitral puede decidir por iniciativa propia (*sua sponte*) esta delicada cuestión, si por cualquier razón así lo cree necesario. Para algunos autores, esto es obligatorio¹⁸. Lo puede hacer en el momento procesal que estime apropiado. Pero ello es casi siempre aconsejable hacerlo, por obvias razones de economía procesal, lo más temprano que sea factible, procesalmente.

En el particular universo de la CCI, si una de las partes objeta la existencia o validez del “acuerdo arbitral” esto no

detiene necesariamente el procedimiento, pero obliga al tribunal a tener que pronunciarse sobre la cuestión, aunque puede hacerlo en el momento que considere adecuado.

Siempre en el referido mundo de la CCI, si una de las partes impugna la competencia o la jurisdicción del tribunal arbitral al comienzo del proceso, la Corte decide el tema, luego de dar traslado a las partes, por razones que ciertamente tienen que ver con el debido proceso legal. El número de estos casos, decididos entonces *prima facie*, es reducido¹⁹.

Como la noción de la *autonomía* o *separabilidad*, el principio aludido se edifica sobre la presunción que la intención de las partes fue la de evitar tener que litigar o resolver sus diferendos o controversias en sede judicial.

Cabe apuntar que el tribunal arbitral es quien debe decidir acerca de la autonomía misma de un “acuerdo arbitral”, en caso de que ella sea cuestionada²⁰.

Este principio no excluye ciertamente que los tribunales judiciales nacionales puedan –en su caso– intentar revisar la decisión arbitral en cuestiones que tienen, por ejemplo, que ver con la materia arbitrable. De lo contrario, las exclusiones *fraudulentas* de la competencia judicial nacional no tendrían remedio adecuado.

¹⁷ CRAIG, PARK y PAULSSON. *Op. cit.*; supra nota 7, p. 512.

¹⁸ YVES DERAINS y ERIC A. SCHWARTZ. *Op. cit.*; supra nota 1, p. 123.

¹⁹ Véase: SCHÄFFER, VERBIST y IMHOOS. *Op. cit.*; supra nota 6, p. 44.

²⁰ E. GAILLARD y J. SAVAGE, Editores: *Fouchard Gaillard y Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, p. 197.

Pero en caso de promoción simultánea de acciones en sede arbitral y judicial, debiera permitirse que el tribunal arbitral se expida, prioritaria e inicialmente, sin excluir por ello la revisión judicial posterior. Este es –por ejemplo– el sistema adoptado por Francia.

Este principio está reconocido expresamente por el artículo 6.4 del Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, que aclara que el tribunal no pierde, sino que conserva, su competencia ante la eventual nulidad o inexistencia del contrato principal o subyacente.

El concepto ha sido extendido en algunos derechos nacionales, como el francés, hasta el extremo de entenderse que la “cláusula arbitral” debe tenerse como realmente independiente de todo derecho nacional, por estar ella dotada de algo así como una suerte de “*autonomía completa*”²¹. Este es el principio al que ahora se conoce como el de la “*validez*” de los “acuerdos arbitrales” que está, no obstante, limitado por las consecuencias y alcances de la noción de orden público internacional²².

2. LA SITUACIÓN EN CHINA. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN

2.1. Lo que cabe, de inicio, señalar es que la institución del arbitraje comercial es

relativamente nueva en China. No obstante, ella está es ya sumamente difundida y ha alcanzado un notable desarrollo desde que, hace tres décadas, el sistema legal –tal como actualmente existe– comenzara a conformarse, paso a paso.

Tanto en la recurrencia al arbitraje, cuando de disputas comerciales internas se trata, como cuando estamos frente a controversias que deben arbitrase y que tienen que ver, en cambio, con la actividad comercial internacional el crecimiento ha sido realmente notable.

En buena medida porque en el universo jurídico propio del colectivismo institucional no se presume la independencia e imparcialidad del Poder Judicial, que es definido, más bien, como uno de los “agentes” del Estado y –en su caso– del propio Partido Comunista. De allí que, desde el plano de la capacidad y excelencia profesional, los jueces chinos deban todavía tener que avanzar aún mucho. Y no sean del todo confiables aún.

Hace cinco años solamente, algo más del 50 % de los jueces chinos tenía estudios universitarios en el campo específico del derecho. Los demás, no. Por esto, con frecuencia hay una cuota excesiva de discrecionalidad en las sentencias emanadas del Poder Judicial chino, lo que es inaceptable para el mundo económico, financiero y comercial moderno.

2.2. El mecanismo arbitral en China es ciertamente el habitual, cuando en

²¹ ANTONIAS DIMOLITSA. *Separability and Kompetenz-Kompetenz*. En: VAN DEN BERG, Jan. Editor *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention*. Kluwer, 1999, p. 223.

²² Véase: GEORGIOS PETROCHILIS. *Procedural Law in International Arbitration*. Oxford, 2004, pp. 386 et seq.

las disputas comerciales aparece alguna parte extranjera.

El país accedió a la Convención de Nueva York en 1986 y sancionó su Ley Nacional de Arbitraje Comercial (LAC) en 1994.

Hasta ese momento, los arbitrajes de naturaleza marítima se realizaban fundamentalmente ante la “Comisión Arbitral Marítima de China” y los demás, en cambio, ante la “Comisión Arbitral Internacional” en cuestiones de naturaleza económica y/o comercial.

Ambas eran instituciones estatales, pero bien reputadas por su alto perfil profesional y por ser relativamente independientes. Sobre todo, cuando se las comparaba con los mecanismos judiciales.

La segunda de las instituciones nombradas ha sobrevivido a los cambios y esfuerzos de modernización y ha evolucionado mucho. Tan es así, que es hoy la institución arbitral en particular con el mayor número de casos a decidir del mundo entero.

Desde 1994 es también posible realizar en China arbitrajes en toda una nueva gama de instituciones arbitrales locales, muchas de las cuales están instaladas o edificadas en torno a las Cámaras de Comercio de las distintas regiones de China. Cuentan con edificios, árbitros, reglamentaciones, instrumentos, instalaciones, personal y medios realmente de primer nivel²³.

2.3. Pasemos ahora a lo previsto. En China, la noción de la *autonomía* o *separabilidad* del acuerdo arbitral no se afincó hasta 1998, cuando ella fuera incluida –por vez primera– en el artículo 19 de la LAC.

En rigor, hay un conocido precedente chino de 1988, en el que se tuvo al “acuerdo arbitral” como inválido porque el contrato principal al que el mismo estaba directamente ligado había estado viciado por fraude al tiempo de celebrarse²⁴.

Pero en 1997, en sede judicial, en la avanzada provincia de Guandong, se decidió –en un primer paso– que una cláusula arbitral era inválida atento a que

²³ También en América Latina el arbitraje está en expansión. Con algunos países, como Perú que –con legislaciones sumamente modernas en materia de arbitraje– son ciertamente más atractivos que otros que, como la Argentina. En este caso de la mano de las prevenciones contra la institución arbitral del fallecido HÉCTOR MASNATTA, generaron decisiones judiciales como las del caso *Cartellone* o la de *Yacyretá* que en nada ayudaron a promover el arbitraje. Véase: NIGEL BLACKBY Y SYLVIA NOURY. “International Arbitration in Latinamerica”. En: *Latin Lawyer Review*. Sept, 2005.

No obstante, en la década pasada el arbitraje avanzó fuertemente en nuestra región. En 1997 solamente, 38 partes latinoamericanas estaban presentes en los arbitrajes de la CCI. En el 2007, en cambio, ellas participaban en 97 procesos arbitrales en curso ante dicha institución. Véase: *Survey of Trends in Latin American Arbitration*, en: *International Disputes Quarterly*, White and Case LLP, Summer, 2009. México individualmente ha participado en más arbitrajes sustanciados ante la CCI que ningún otro país de la región, con una presencia en nada menos que 402 arbitrajes, en el período que va desde 1996 hasta 2007.

²⁴ Véase: *CNTIC vs Swiss Industrial Resources Co. Inc* en: J. TAO, *Arbitration and Law Practice in China*. Kluwer, 2008, p. 76.

el respectivo contrato subyacente nunca había entrado en vigor. Sin embargo, luego, en apelación, la decisión aludida fue revocada y la cuestión se reenvió a sede arbitral, para ser decidida allí.

Este cambio de dirección se hizo evidente en 1998, cuando la propia Suprema Corte del Pueblo Chino decidió un sonado caso dejando expresamente sin efecto el precedente adverso antes mencionado, el de 1988²⁵.

En el 2006, sin embargo, la cuestión fue específicamente aclarada mediante una "interpretación judicial" especial en la que se sostuvo que el Artículo 19 de la LAC debe leerse, siempre, como disponiendo que los "acuerdos arbitrales" son *independientes* de los contratos con los que se relacionan y deben, en principio, tenerse por válidos, siempre y cuando que no se pruebe concretamente que arbitrar los eventuales diferendos *no* era la intención real de las partes²⁶.

En los hechos, esa interpretación parece haber sido, desde entonces, la claramente prevaleciente. Pese a lo cual, lo cierto es que aún la noción de completa *autonomía* o *separabilidad* de una cláusula arbitral respecto del contrato o contratos subyacentes o principales no ha sido *oficialmente* adoptada en China.

2.4. El principio de *competencia/competencia* hoy aparece, por su parte, expresamente codificado en el artículo 20 de la LAC.

Según dispone esa norma, la respectiva *institución* arbitral es la que tiene competencia para decidir acerca de su propia jurisdicción. Aunque no el tribunal arbitral. A menos que la propia institución arbitral a la que pertenece el tribunal respectivo le delegue expresamente la facultad de hacerlo, en un caso específico.

Que la responsabilidad sea asignada a las *instituciones* arbitrales y no al tribunal arbitral específico que actúa es ciertamente una característica *peculiar* del sistema arbitral chino, aunque es necesario reconocer que quizás exista alguna influencia indirecta del artículo 6 (2) del Reglamento de la CCI, que finalmente autoriza a la Corte (no al tribunal arbitral) decidir que un arbitraje *no* debe proseguir.

Quienes, en China, recurren a los arbitrajes locales sostienen que el mecanismo referido, pese a ser una suerte de *híbrido* con particularidades propias, funciona razonablemente bien. Es eficaz.

Las cuestiones de competencia de la jurisdicción arbitral no pueden, sin embargo, ser planteadas en China cuando el respectivo procedimiento arbitral ya se ha iniciado efectivamente. No obstante, cuando se promueven dos demandas simultáneas, una en sede arbitral y otra en sede judicial, la última es la que tiene precedencia.

²⁵ Véase: *Op. cit.*; *supra* nota 14, pp. 76 y 77.

²⁶ Véase: W. GU: "China's Search for Complete Separability of the Arbitration Agreement". En: *Asian International Arbitration Journal*, 3, 2, p. 172.

Pero si la discusión entre las partes en materia de competencia arbitral ha sido ya esgrimida por las partes y resuelta por el propio tribunal, *no* cabe entonces revisión judicial alguna. Esto —es cierto— genera una cuota de estabilidad que resulta indispensable.

2.5. Estas parecen ser las definiciones prevalecientes en China relativas a las dos cuestiones bajo análisis. Ambas forman parte de un sistema arbitral que, en líneas generales, parece funcionar con diligencia y con una neta vocación de ser

a la vez moderno, eficaz y equitativo. Y que, por lo demás, está creciendo muy fuertemente, al menos en lo que a número de causas a resolver se trata.

Pese a todo ello, lo cierto es que China aún no tiene un sistema legal integral que esté realmente a tono con el lugar que ya ocupa en el mundo del comercio²⁷. Lo que, por ahora, es por lo menos un impedimento concreto para poder generar, por ejemplo, centros financieros de primera magnitud. Queda, entonces, aún mucho por hacer.

²⁷ Conf: SKAPINKER Michael. "The importance of friends". En: *Financial Times*. 30 de Abril de 2009, Sección especial que fuera dedicada a la ciudad de Shanghai.

EL ACUERDO ARBITRAL Y EL SISTEMA ARGENTINO

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY (*)

SUMARIO: 1. *Las prácticas y el derecho del arbitraje.* 2. *Hechos y actos jurídicos.* 3. *Los contratos.* 4. *El acuerdo arbitral no es un contrato.* 5. *El acuerdo arbitral. Naturaleza jurídica, rasgos habituales y obligatoriedad.* 6. *Las principales normas legales argentinas.* 7. *Algunos casos de la jurisprudencia argentina.* 8. *Conclusiones.*

1. LAS PRÁCTICAS Y EL DERECHO DEL ARBITRAJE

El comercio se detecta desde los comienzos de la humanidad. Los estudios sobre las primeras poblaciones humanas indican que hace unos 10.000 años, los grupos humanos poblaban las regiones en busca de alimentos.

Entonces nace la agricultura y herramientas elementales como la azada y los primeros arados.

Una de las primeras aldeas conocidas fue Jericó en el valle del Jordan, que prosperó entre 9.600 y 700 a.C.

Aparece la incipiente industria de fabricación de las vasijas de barro cocido, en esa época, mencionándose a Japón y la costa occidental del África (Mali) como lugares comerciales con esa industria.

Junto a la agricultura, se criaban animales domésticos y se cazaban los salvajes.

Las aldeas se convierten en pueblos y luego en ciudades.

Antes del metal, se utilizaban piedras para hacer herramientas, como por ejemplo el sílex y otros enseres.

De Irán y Turquía se importaban el cobre y el oro hacia la llanura mesopotámica, como expresión del comercio.

Al Sur de Bulgaria en Ai Buner cerca de los años 5100 a.C. estaban las minas de cobre más antiguas, que generaron su intercambio y se formaron redes comerciales. El bronce, aleación de cobre y estaño, se obtiene hacia 2500 a.C.

Mediante el comercio la metalúrgica se extiende a Europa, es decir hacia el oeste.

(*) Profesor Emérito y Titular de Derecho Comercial de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Director de la Maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Y en China comienza a utilizarse el acero, aleación de hierro y carbono que se hace en forma limitada en 500 a.C.

La Mesopotamia fue centro de la civilización y su ciudad más antigua fue Uruk; su fase inicial se desarrolló entre 4800 y 3800 a.C.

En Oriente Medio, India, Europa, China y América Central y del Sur, se formaron las grandes civilizaciones urbanas, con reyes y jerarquías entre 3000 y 700 a.C.

Alrededor del Río Amarillo en China, el Tigris y Ufrates en el Oriente Medio, el Nilo en Egipto y el Indo en la India, se desarrollaron las más importantes y complejas civilizaciones.

Hay que tener presente la historia del comercio y de la industria más conocidas¹ y citadas en los libros.

Parte del comercio se trasladará al derecho, igual que más tarde la industria y después, los servicios. Allí se intentará sistematizar lo que la práctica enseñó.

También el arbitraje parece nacer en instituciones religiosas y prácticas entre comerciantes.

Luego se forman estructuras jurídicas útiles al intercambio, a la industria y al comercio, utilizando un lenguaje propio.

La idea de estructura, la utilizamos como “distribución y orden de las partes que componen un todo”, como “conjunto

de las relaciones existentes entre los diversos elementos que forman un todo, en el que cada elemento difiere de los otros y existe en función del todo” y “disposición de las partes de un conjunto abstracto, de un fenómeno, de un sistema complejo, considerada en cuanto característica fundamental del conjunto, fenómeno o sistema”².

Si vinculamos las estructuras jurídicas al estructuralismo, pensamos que éste no solo es un método de análisis sino también de creación con el resultado de una “composición estructural” fruto del esfuerzo de descomposición y recomposición que hace el creador.

En Argentina, nuestra doctrina comercialista patria, mayoritariamente se opuso a los juicios o procedimientos arbitrales.

ZAVALA RODRÍGUEZ y MALAGARRIGA pensaban que el procedimiento arbitral era un trámite que por su extensión y naturaleza, terminaba siendo una primera fase de un seguro procedimiento judicial posterior.

HALPERÍN, en su “Curso de Derecho Comercial” señala que la doctrina apoyó el procedimiento arbitral para resolver los conflictos entre comerciantes; mas advertía, que era necesaria una adecuada regulación, aclarando “que no es justamente el caso de nuestro país, por lo que ha caído en descrédito”.

¹ ETCHEVERRY, Raúl Aníbal. *Derecho Comercial y Económico, Parte General*. Buenos Aires: Ed. Astrea, 1987.

² *Enciclopedia Universal*, vol. 12, Buenos Aires, Salvat, 2009.

En ese momento, HALPERÍN explicaba las previsiones del nuevo Código Procesal y adelantaba: “la práctica dirá si son suficientes (las modificaciones procesales) para incrementar su empleo para resolver los conflictos entre particulares”³.

Recién en la última parte del siglo xx comienza, con la globalización, a ser aceptado en nuestro país el acuerdo, la constitución y el desarrollo del proceso arbitral.

Hoy, el arbitraje tiene tanta vigencia y tanta fuerza, que pronto comenzará a cobrar vida también en el mundo virtual. Porque allí donde hay mercados, habrá negocios y habrá conflictos. Y la vía más apropiada para la solución de éstos, siempre será, en cualquier terreno, el arbitraje⁴, especialmente en los negocios internacionales.

La Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, abierta a la firma en esa Ciudad el 10 de junio de 1958, suscripta por Argentina el 26 de agosto de 1958, fue aceptada recién en 1988, mediante la sanción de la ley 23.619.

La legislación argentina sobre arbitraje se halla en los Códigos Procesales de cada Provincia o de la Ciudad Capital, incurriéndose en el error de tratar sólo desde el punto de vista procesal o de derecho adjetivo, una materia que notoriamente pertenece al derecho de

fondo y que no sería ocioso que se regulara a través de una ley federal, por otra parte, reclamada por los tratadistas.

El arbitraje trata sobre sensibles derechos y garantías constitucionales y no se trata de un pacto o acuerdo cualquiera.

Tiene razón Silva Romero de que el arbitraje no es un tema procesal, sino que se origina en preceptos constitucionales, tal como lo hemos dicho más arriba y resulta útil repetirlo.

Los derechos que el arbitraje garantiza, son los de:

- a. Acceso a un proceso honesto e imparcial.
- b. Debido proceso o juicio justo y legal.
- c. Aplicación de la ley (en un sentido directo o a través del uso de la equidad). Descartar la arbitrariedad de los laudos.
- d. Igualdad ante la ley: debe asegurarse este derecho, antes, durante y después del proceso arbitral.
- e. Protección del derecho de propiedad.

¿Qué se halla en juego en un proceso arbitral? No sólo la garantía constitucional del debido proceso, con aseguramiento cabal del derecho de defensa, sino la recta aplicación de las normas de fondo del sistema jurídico, luego de presentadas las

³ HALPERÍN, Isaac. *Curso de Derecho Comercial*. Vol. I, Nº 8. Buenos Aires: Depalma, 1972, p. 7.

⁴ Debe tenerse en cuenta el extraordinario desarrollo del comercio electrónico, con grandes operadores como eBay y otros en el mundo informático que operan diversos servicios (ver PayPal y Skype).

posiciones de las partes y producidas las respectivas pruebas.

El arbitraje implica una renuncia, en ciertas materias⁵ al derecho de ser juzgado por otro u otros que reemplazan al “juez natural”.

Estas garantías de rango constitucional en la Argentina, precisamente se equiparan a las garantías que el proceso ofrece ante los órganos judiciales establecidos por el Estado.

Salvo en su poder coercitivo directo, son equiparables las normas y garantías del procedimiento arbitral a las del procedimiento cumplido ante jueces de la Nación o magistrados de las Provincias o jueces de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En nuestra opinión, no es que en Argentina los árbitros no tengan poder coercitivo, sino que lo tienen, aunque su ejercicio no se puede realizar en forma directa, sino a través de una petición de colaboración formulada ante el poder judicial estatal que corresponda. Los árbitros argentinos pueden dictar u ordenar medidas cautelares y otras diligencias de cumplimiento forzoso.

Para llegar al análisis final de la naturaleza del acuerdo arbitral, debemos recorrer antes el derecho común.

2. HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS

El Derecho es una ciencia social; se desarrolla en estructuras vivas, que más se acercan a un concepto fractal⁶ que a la referencia geométrica de origen euclidiano.

Así, las reglas jurídicas, si bien deben poseer líneas armónicas, no permanecen en la mera construcción estética, como lo señalaran reiteradamente muchos autores.

Es por ello que la investigación de una institución jurídica generalmente tropieza con realidades legales que no representan estructuras armónicas a la manera Euclidiana, sino que ofrecen, por el contrario, variantes no solo en la geometría que podrán inscribirse en la geometría de los organismos, es decir, siguiendo la semejanza, la geometría fractal.

Nos hemos referido a estos dispositivos legales en otros trabajos. Uno de ellos se refiere a la interpretación jurídica del contrato⁷.

En las relaciones jurídicas previstas por el sistema legal argentino, se pueden advertir diferentes elementos: los sujetos (personas físicas o jurídicas), los bienes (que son los objetos, materiales

⁵ En la Argentina, solo en temas transables (en general, los patrimoniales) del derecho privado.

⁶ “Fractals”, escrito en 1877 por Benoit B. Mandelbrot y sus antecesores Thom (1972) y Sir D’Arcy Thompson (1917): la referencia se toma de “Vigencia”, Bs. As. Abril de 1981 N° 47 pp. 39 y ss.

⁷ ETCHEVERRY, Raul Aníbal. “Interpretación de los contratos innominados y los contratos atípicos”. En: *Tratado de Interpretación del Contrato en el Civil Law y el Common Law*. Carlos Soto Coaguila (Director). Próxima a publicarse por La Ley.

o inmateriales) y el elemento “eficiente” es decir “el que da lugar a la vida de los derechos en el curso que va desde su nacimiento hasta su extinción”. Ellos son los “hechos”, que Vélez señala en la nota al artículo 896° del Código Civil, allí habla enfáticamente de la función “eficiente” de los hechos en la jurisprudencia.

Los hechos son causa productora de derechos y son “objeto” de derechos (por ejemplo, una obligación de hacer).

El “hecho” es todo acontecimiento o acaecimiento. Si tienen relevancia para el derecho, son hechos jurídicos⁸. Si no, meros hechos históricamente cumplidos. Del artículo 896° del Código Civil se pueden distinguir tres etapas: a) la del nacimiento; b) la de modificación o transferencia y c) la de extinción del derecho⁹.

Los hechos pueden ser naturales o humanos. Si estos últimos se realizan con discernimiento, intención y libertad, son “voluntarios”. Si se carece de alguno de los elementos, son “involuntarios”.

Con los “hechos” comienza una fase dinámica en el campo del devenir jurídico: nacer, modificarse, transferirse o extinguirse. Los hechos son la base de la interpretación jurídica, tanto en el mundo anglosajón (para el cual resultan de singular importancia) como para el orden romano-germánico.

Los *supuestos jurídicos* están constituidos por una descripción normativa, que también establece efectos jurídicos (Tatbestand del derecho alemán y *fattispecie* del derecho italiano).

Si el *supuesto jurídico* es confirmado en un hecho o en un acto, se produce la:

- Adquisición.
- Modificación.
- Transferencia.
- o extinción¹⁰.

De derechos u obligaciones, o de ambas.

Recapitulando, tenemos:

- a. Hecho simple (acontecimiento).
- b. Supuesto jurídico (esquema abstracto).
- c. Hecho jurídico (acontecimiento) que contiene la relación de causalidad.
- d. Relación jurídica.
- e. Consecuencia jurídica.

Los actos jurídicos se distinguen entre los libres y debidos y en actos jurídicos estrictos y declaraciones de voluntad.

El acto jurídico, en la Argentina, se inspiró en el concepto establecido en el art. 437° del Esboço de Freitas y

⁸ El artículo 896° del Código Civil establece: “los hechos de que se trata en esa parte del Código son todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones”.

⁹ ALTERINI, Atilio A. *Derecho privado*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1977, p. 297.

¹⁰ La normativa alude a la extinción (art. 896° Código Civil) pero también puede hablarse de “pérdida” que es otro concepto.

es equivalente al de negocio jurídico de Alemania, Italia y España¹¹.

Como hemos señalado, el concepto de acto jurídico ha sido sintetizado por el codificador en el artículo 944° del Código Civil¹².

Según COMPAGNUCI DE CASO, fundado en enseñanzas de CASTÁN TOBEÑAS Y ENECCERUS Y NIPPERDEY, el acto jurídico es un hecho humano producido mediante una voluntad exteriorizada y consciente. Su base estará en la “conducta social típica”, de conformidad a la conciencia que regularmente acompaña dicha voluntad¹³.

Para este autor, “cuando el acto jurídico se determina por el contenido de la voluntad y los intervinientes establecen el régimen jurídico que regula sus efectos, se está en presencia del negocio jurídico”. La voluntad está dirigida a producir esos efectos; tiene como fin inmediato la consecuencia jurídica.

Como dice BUERES, en la autonomía de las partes se comprende, no sólo la libertad, sino también la responsabilidad.

En los actos voluntarios y en los negocios jurídicos (insistimos, no caracterizados en nuestro ordenamiento)

existe un “propósito práctico” que da sentido a tales declaraciones voluntarias¹⁴.

Concordamos con BUERES en que la autonomía de la voluntad debe ser visualizada bajo la óptica del bien común y, por supuesto, tales actos deben ser ejecutados con discernimiento, intención y libertad; de otro modo, no producen por sí obligación alguna (art. 900°, Cód. Civil).

3. LOS CONTRATOS

Una visión europea y amplia de lo que es un contrato, leemos en MESSINEO: “El contrato es definido por la ley (art. 1321°), como el acuerdo de dos o más partes, para constituir, regular o disolver entre ellas una relación jurídica patrimonial”.

“En vista de tal función, la definición del contrato encuentra un paralelo en la definición de la sentencia llamada constitutiva (que se menciona en el art. 2908), donde también a la sentencia se atribuye el efecto de constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (pero también no patrimoniales)”.

“Pero, mientras la sentencia es un acto procesal (jurisdiccional) y atañe, por lo menos, al derecho público, el contrato

¹¹ LLAMBIAS, Jorge J. y ALTERINI, Atilio A. *Código Civil Anotado*. Tomo II-B. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1982, p. 83. Con más extensión, ver Mayo, en BUERES, Alberto J.- HIGHTON, Elena I., “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, t. 2-B, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 503.

¹² El artículo 944° del Código Civil argentino dice “Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”.

¹³ BUERES (dir.) – HIGHTON (coord.), citado, p. 387, con cita de MESSINEO, SANTOS BRIZ, BETTI, GARCÍA AMIGO y SANTI ROMANO.

¹⁴ BUERES (dir.) – HIGHTON (coord.), citado, p. 390.

es un acuerdo que se establece entre las partes (sujetos privados) y pertenece exclusivamente al derecho privado. Bajo este aspecto, acuerdo es el equivalente de los términos romanistas conventio y sinallagma, y subraya, de una parte, el carácter voluntario del contrato, y de la otra, la posición recíproca en que se encuentran las voluntades de las partes, en el sentido de que el contrato, en cuanto acuerdo, revela una lograda composición de intereses y la preparación de efectos de conjunto, sobre los cuales coinciden las voluntades de las partes”.

“Adviértase que, considerando el contrato como ‘acuerdo’, no hay que perder de vista que “acuerdo” puede entenderse en un sentido notablemente diferente, en forma que no indique un contrato (negocio jurídico), sino una particular fuente de derecho (véase art. 5º, disposiciones preliminares; arts. 34º y 2063º-2066º)”.

“El contrato toma siempre como materia una relación jurídica patrimonial. De esto se sigue, por lo tanto, que la relación, meramente económica, se transforma –por el hecho mismo de ser tomada como materia de contrato– en relación jurídica”.

“Se sigue también, que no es materia de contrato una relación no patrimonial. Pero la recíproca no es cierta: que todas las relaciones patrimoniales sean materia únicamente de contrato”¹⁵.

El concepto de contrato es señalado por el Código Civil argentino en el artículo 1137º: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

Una gran parte de la doctrina argentina, entiende que es lo mismo contrato que acuerdo o convención y a pesar del texto legal, llaman “contrato” a toda relación jurídica patrimonial creada por dos o mas partes, que sean creadores, transmisores o extintores de los derechos personales, reales o intelectuales¹⁶. Para otro las convenciones o acuerdos son estructuras más amplias que la del contrato. Y la definición del artículo 1137º no parece aludir al distracto o la conclusión por alguna otra causa, del negocio elegido por las partes.

El Proyecto de Unificación del año 1998, el artículo 899º a: definía al contrato aún más ampliamente, como el “acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales”. Con ello se desarrolló conscientemente la noción de contrato. Ese proyecto, no obstante, no fue consagrado como ley vigente.

Los caracteres del contrato establecidos por la doctrina civilista, son: que existan varias personas (en realidad, partes: pluralidad); una declaración de

¹⁵ MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Tomo I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1986, pp. 40 y 41.

¹⁶ LLAMBIAS, Jorge J. y ALTERINI, Atilio A. *Código Civil Anotado*, obra citada, p. 13.

voluntad común; que esté destinada a reglar sus derechos.

En nuestra opinión, el concepto actual, debe completarse con el artículo 1138° del Código Civil, el cual, aparentemente, solo contendría una clasificación. Anotamos sin embargo, que los artículos 1137° y 1138° no alcanzan a abarcar los actos jurídicos contractuales, por ejemplo, el que decide sobre la extinción de derechos establecidos.

Para el codificador argentino, los contratos pueden ser unilaterales (una sola de las partes se obliga hacia la otra sin que éste quede obligada) o bilaterales, es decir, los que tienen obligaciones recíprocas, la una hacia la otra.

El sistema no es el mejor, porque el mismo VÉLEZ señala en la nota al 1137° que “FREITAS es mas claro en la materia”, cuando define, diciendo que “habrá contrato cuando dos o mas personas acordasen entre sí alguna obligación u obligaciones recíprocas a que correspondan derechos crediticios”, Y VÉLEZ aclara: “es decir, que una de las partes se constituye deudora y la otra acreedora o que ambas sean recíprocamente deudores y acreedores”.

Pero nuestro codificador no adoptó la definición de su fuente, el gran jurista FREITAS ni sus propias aclaraciones a la nota. Al parecer, cuando escribe el artículo 1137° toma una noción amplia, pero no suficiente para que comprenda, también, por ejemplo, la extinción de la relación, el distracto y otras variantes.

En nuestra opinión, el codificador por un lado, intenta dar una noción amplia de contrato, pero en su *mens legis* solo se estaba refiriendo a los contratos de cambio. Pero tampoco esto lo hace con precisión, como se advierte mejor en su propia cita de FREITAS.

En realidad, en ese momento el contrato era el intercambio de una relación crediticia, promesas comunes, generalmente de dos partes, con distintos intereses.

La libertad de crear contratos, que indica indirectamente el artículo 1143° del Código Civil, es en principio aplicable al sistema que incluye a los contratos, cuya noción se halla en el artículo 1137° del Código, integrado por el 1138°.

El artículo 1143° señala: “Los contratos son nominados o innominados, según que la ley los designa o no, bajo una denominación especial”.

En nuestra opinión, la libertad para crear toda clase de actos jurídicos bilaterales lícitos es ilimitada.

En modernos textos legales se habla del “contacto objetivo” del contrato que se ha suscrito entre las partes, el cual determina la ley aplicable. Ese contrato, señala el texto, puede ser jurídico o económico, “con algún Estado Parte del MERCOSUR”¹⁷ introduciéndose en el sistema legal el criterio económico respecto de una figura contractual, que sigue la moderna tendencia en la materia (vg. el sistema francés).

¹⁷ Cfr. Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR (ley argentina 25.223) en su artículo 3° apartados 3.b, 3.c, 3.d y 3. e.

Señala CONEJERO ROOS¹⁸ que el acuerdo arbitral fue, por largo tiempo, la cuna de grandes problemas al momento de iniciarse el proceso arbitral. Hoy, en la mayoría de las naciones del área, al adoptar leyes de arbitraje con base en la Ley Uniforme, estas cuestiones se han simplificado.

El acuerdo arbitral, como sea que se haga, ya lo es, si contiene los mínimos recaudos formales y se celebra por escrito, incluyendo el intercambio de comunicaciones, telex, telegrama y notas.

La ley peruana es de vanguardia en esto, ya que no es condición, según afirma SOTO COAGUILA¹⁹, en una opinión que compartimos, que se celebre únicamente “por escrito”, sino que establece: “se entiende por escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”.

Como indica el mismo jurista peruano SOTO COAGUILA, la formalidad escrita, primera elección de la ley peruana, es *ad probationem* y no una forma solemne.

4. EL ACUERDO ARBITRAL NO ES UN CONTRATO

El acuerdo arbitral no es considerado por nosotros, un contrato o una cláusula contractual. Debe trasladarse su naturaleza jurídica al campo más amplio de los actos jurídicos ya que se admite el acuerdo arbitral para testamentos y sociedades²⁰.

Pese a la indiscutible autoridad del destacado y apreciado Eduardo SILVA ROMERO²¹ nuestra posición respecto del acuerdo, pacto o convenio arbitral, es que el concepto de contrato no resulta ni suficiente ni abarcativo para explicar su naturaleza jurídica.

Si pensamos que el arbitraje es un contrato, el acta de misión –habitual en algunos arbitrajes internacionales– también debería serlo. En cambio, es un acuerdo de partes y árbitros que se hace en una etapa del proceso arbitral, para ordenarlo, pautarlo y fijar límites y alcances del futuro laudo.

Al menos, en Argentina, el concepto restringido de contrato, en tanto su base es el negocio de cambio o intercambio, implica un enfrentamiento de intereses haciendo uso de la autonomía de la

¹⁸ CONEJERO ROOS, Cristian. “El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica: un panorama general”. En el libro *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Madrid: Nueva Imprinta S.A, 2009, p. 70.

¹⁹ SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “Arbitraje comercial internacional en el Perú: marco legal y jurisprudencial”. En: *El Arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Legis, 2009, p. 609.

²⁰ Ya lo hemos señalado en nuestro trabajo “Bases y reflexiones sobre el arbitraje en el derecho argentino”. En: *Revista de Derecho Comercial y de las Obligaciones*, 2008-B, Buenos Aires, Abeledo Perrot, pp. 665 a 696.

²¹ SILVA ROMERO, Eduardo. *El contrato de arbitraje*. Universidad del Rosario, Bogotá, Legis, 2005, pp. 3 y ss.

voluntad que poseen, las cuales resuelven cómo reglar sus derechos.

Aunque se siguiera a la letra la definición argentina de contrato, quedan sobradas dudas para encasillar muchos actos jurídicos en ese molde.

Nuestra opinión sobre el contrato es que solo se aplica el concepto a los de cambio. Pero aunque se tomase la visión amplia, tampoco justificaría incluir al arbitraje como contrato, ya que ésta es una noción evidentemente polisémica.

Pensamos que el acuerdo arbitral indica un pacto o convención, que establece derechos y obligaciones, pero que produce un efecto especial no asimilable a otros pactos, acuerdos o convenciones: selecciona una jurisdicción especial, procedimientos, derechos y obligaciones y una especial fuerza obligatoria que lo independiza en cuanto a estructura legal, del contrato o acto jurídico base respecto del cual se formula el acuerdo arbitral.

Por ello, se habla de la autonomía del acuerdo arbitral, alcances de tal acuerdo y modernamente, extensión del acuerdo arbitral a terceros no firmantes.

Las partes firmantes están obligadas por el acuerdo arbitral, pero la moderna legislación peruana y algunos laudos recientes, admiten que otras partes también vinculadas, pueden ser llamadas al pleito arbitral.

Se ha aplicado esta extensión, con base en las doctrinas de la buena fe, del *disregard of legal entity* y del *alter ego*.

El acuerdo arbitral es un pacto integral y autónomo, que decide varias cuestiones esenciales:

- a. Vincularse de un modo adicional y especial, respecto de un contrato o acto jurídico complejo (llamado “negocio base”) que se proponen desarrollar en interés de ambos (y eventualmente, de un tercero).

Una disposición novedosa de la ley peruana (Disposición Complementaria séptima) es la autorización para estipular disposiciones testamentarias imponiendo el arbitraje a las controversias entre sucesores y con albaceas.

El Perú, a la vanguardia de las legislaciones de Iberoamérica, reconoce dos formas adicionales de acuerdo arbitral:

1. Arbitraje estatutario o societario.
2. Arbitraje sucesorio o testamentario²².

El arbitraje en materia sucesoria no está legalmente admitido, pero para derechos sujetos a transacción, no se halla prohibido.

²² Ver la mención de ambas en el trabajo de SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. “Arbitraje comercial internacional en el Perú: marco legal y jurisprudencial”. En *El Arbitraje internacional en Iberoamérica*, citado, p. 609.

En los estatutos de las personas jurídicas –la ley peruana no distingue a cuales se refiere en su primer párrafo (Disposición Complementaria sexta) pero en el segundo, alude a las “sociedades”– puede incluirse un acuerdo arbitral para resolver “las controversias entre sus miembros, directivos, administradores, representantes y funcionarios” o los que surjan entre ellos referidos al cumplimiento de los estatutos o validez de los acuerdos.

Esta obligatoriedad alcanza a los nuevos miembros y directivos que se vayan incorporando en el futuro.

Este sistema no se aplica para los convocatorias a asambleas o cuando “se requiera una autorización que exija la intervención del Ministerio Público”.

En la Argentina, se autorizó en zona federal la inclusión del acuerdo arbitral en los estatutos de sociedades²³.

- b. Establecer una exclusión de la jurisdicción estatal y del “juez natural” que es en general, normal, obligatoria y gratuita, para el caso de interpretación, cumplimiento (total o parcial) y finalización del negocio base o de cualquier otro acuerdo.
- c. Acordar la adopción de una jurisdicción especial, que no

será la de tribunales estatales extranjeros, sino de tribunales de árbitros, que debe determinarse en todos sus detalles, con la mayor precisión.

- d. Fijar un procedimiento para que se desarrollen, la interpretación, calificación y resultados jurídicos que resulten de una futura y posible controversia.
- e. La fijación del procedimiento y la elección de los árbitros puede hacerse de modo directo o bien remitiéndose a procedimientos y modo de elección de los árbitros, previstos en algunos regímenes privados.
- f. Los árbitros, generalmente, serán juristas prestigiosos, conocidos socialmente.
En Perú, se admite la designación de una persona jurídica como árbitro. Si se produce, esa designación tiene como efecto facultar a esa entidad a nombrar árbitros (Disposición Complementaria quinta).
- g. Indicar domicilios especiales y si se va a establecer algún grado de inapelabilidad del laudo que resulte al final del proceso arbitral.
- h. Todo ello se hace en el marco de la autonomía de la voluntad de las partes, cuestión del derecho de las obligaciones y no solo del sistema contractual.

²³ Mediante la Resolución General N° 4 del año 2001 de la Inspección General de Justicia.

5. EL ACUERDO ARBITRAL. NATURALEZA JURÍDICA, RASGOS HABITUALES Y OBLIGATORIEDAD

El contrato base es un negocio posible, específico y concreto dentro de la autonomía y libertad de las partes. El negocio base, también puede ser un convenio plurilateral de organización.

No importa que el acuerdo arbitral que genere la formación de un tribunal arbitral sea un acuerdo especial, firmado por las partes en el momento en que aparece una controversia jurídica o bien forme parte de una o más cláusulas de un contrato que regule diversas relaciones de cambio.

Pero sea de un modo u otro, es preciso unificar el concepto en una voz común y llamarlo “acuerdo arbitral”, pues dentro del marco limitado de las cuestiones que son arbitrables, el pacto o acuerdo constituye una elección consciente, debiendo ser hecha con discernimiento, intención y libertad, pues es un acto diferente del contrato, más amplio, encuadrado por nosotros entre los actos jurídicos bi o plurilaterales, un acuerdo o convención.

La ley peruana de arbitraje en la tercera Disposición Complementaria, declara como único término utilizable el de “acuerdo arbitral” y así deberá entenderse, establece, en cualquier texto legal o contractual que se refiera a “cláusula compromisoria” o “compromiso arbitral”.

El acuerdo arbitral, como ya se viene perfilando en este desarrollo en

oraciones anteriores, no es un mero pacto de jurisdicción.

Puede surgir y hacerse efectivo cuando surgen diferencias entre las partes o generarse en una falla en el texto contractual –que apunta a su génesis– o bien en conductas que afectan el desarrollo, el cumplimiento o producirse por incumplimiento total o parcial del pacto o negocio base o principal.

El contrato o acto jurídico “base” refleja uno o más objetos y representa causas y objetivos de cada parte. Generalmente revela relaciones de intercambio y consta en obligaciones explícitas e implícitas que se ha previsto se cumplan por el obrar o la omisión o no hacer de cada contratante. Esto se da en el contrato de cambio bilateral (sólo dos partes “enfrentadas”) que acepta variantes de la existencia de otras partes con otros intereses y dispuestos a cumplir otras obligaciones.

En la compraventa simple, generalmente hay dos partes, vendedor o comprador. En esas dos partes, pueden convivir varias personas físicas o jurídicas. En otros contratos de cambio, como el leasing financiero, las partes pueden ser tres: el suministrador, el adquirente y el agente financiero.

Pero aún la compraventa cuando sea internacional y contenga previsiones sobre otras relaciones vinculadas por ejemplo, previsiones sobre el transporte de las mercaderías, el contrato múltiple que genera involucra a muchas partes sin dejar de ser de cambio o intercambio.

El acuerdo arbitral se perfecciona en el marco en que la ley permite la

manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes y, como dice la ley procesal argentina, en los casos susceptibles de transacción.

¿Siempre el acuerdo debe ser escrito? Tradicionalmente, las soluciones legales, como la de nuestros Códigos Procesales son muy rígidas, ya que exigen etapas para llegar al arbitraje.

El Acuerdo Arbitral del MERCOSUR (AAM) es más elástico y lo veremos con mas detalle mas adelante, habida cuenta que es la norma mas moderna que la Argentina ha receptado en su legislación.

La Convención de Nueva York permite en su texto la utilización de reglas más amplias que el simple pacto escrito, aunque la Argentina ha efectuado reservas al respecto.

La Convención citada señala:
“Artículo 2°:

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.
2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o con-

tenidos en un canje de cartas o telegramas.

3. El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio respecto del cual, las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente Artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

Hoy puede apreciarse la tendencia mundial, que evoluciona hacia formas cada vez mas abiertas hacia otros modos de establecer los vínculos obligacionales, que permiten buscar equivalentes funcionales del acuerdo estrictamente escrito. Ello se compadece con toda la tendencia a la desmaterialización general del derecho escrito—observada en diversos sectores del derecho— y al avance de las tecnologías de la información y de los métodos de transmisión de datos.

Un ejemplo en este tema —en nuestra opinión, la normativa más moderna hoy— es la nueva ley peruana de arbitraje que ya hemos citado y que desgrana en diversos ejemplos a partir de una primera exigencia de acuerdo escrito, que siempre debe estar, como básica y tradicional para las partes.

La nueva ley peruana vigente desde el 1 de septiembre de 2008 señala, en lo pertinente:

“Artículo 13°.- Contenido y forma del convenio arbitral:

1. El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje

todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza.

2. El convenio arbitral deberá constar por escrito. Podrá adoptar la forma de una cláusula incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
3. Se entenderá que el convenio arbitral es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
4. Se entenderá que el convenio arbitral consta por escrito cuando se cursa una comunicación electrónica y la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hayan por medio de mensajes de datos. Por “mensajes de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.
5. Se entenderá además que el convenio arbitral es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de

demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte, sin ser negada por la otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula de arbitraje constituye un convenio arbitral por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.
7. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje, si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho peruano”.

6. LAS PRINCIPALES NORMAS LEGALES ARGENTINAS

Argentina como hemos dicho al comienzo, no tiene una ley general de arbitraje, ni para el arbitraje interno ni para el internacional. Es una asignatura pendiente, a pesar de que hubo innumerables proyectos destinados a ese fin.

Las leyes ordinarias internas, vigentes y escritas referentes al arbitraje, son las procesales, diferentes en cada jurisdicción del país. También hay normas procesales para la mediación, obligatorias en algunas jurisdicciones.

Es ley argentina una normativa internacional como lo es la Convención

de Nueva York sobre ejecución de laudos judiciales dictados en el exterior basada o relacionada estrechamente con la Convención Interamericana de Panamá referida a reglas legales sobre el arbitraje. Ambas son reglas legales aplicables en el ámbito interno e internacional de conflictos de jurisdicción argentina.

Para nuestra área de integración regional, nos rige el Acuerdo Arbitral del MERCOSUR (AAM), sobre el cual ya hemos hecho varias referencias en el pasado²⁴.

La diferencia está en el grado, alcance y naturaleza de esas leyes, pero todas ellas legalizan al arbitraje como un modo en que se considera lícito, permitido y adoptado, para resolver las diferencias entre partes que acometen negocios jurídicos comerciales.

La Convención de Nueva York, aunque de tema específico o restringido arbitral, es una ley federal, es decir, de alcance nacional (ley número 23.619).

Como es sabido y surge de su texto, no es una norma meramente procesal.

Respecto del acuerdo arbitral, establece que él se puede pactar en las relaciones jurídicas comerciales, contractuales o no.

Para evaluar la “comercialidad” del acto, remite a cada derecho nacional.

En nuestro derecho podrían existir relaciones de negocios que estén en la

órbita del derecho civil, aunque con la comercialidad extendida y aceptada del Derecho Comercial actual, todos los negocios patrimoniales deben interpretarse como de naturaleza mercantil aunque no siempre estén captadas por el llamado “estatuto del comerciante”.

Las leyes de procedimientos, aunque se refieran a la materia adjetiva, contienen algunos elementos de derecho objetivo o de fondo.

El Código Procesal de la Nación, aplicable por los tribunales nacionales y federales, dispone algunas reglas para regular el arbitraje.

Aclaremos que el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, tiene normas similares.

Solo nos referiremos a las vinculadas al acuerdo arbitral e iremos citando las normas del Código Procesal de la Nación.

En primer lugar, la habilitación de un proceso arbitral, se hace legalmente posible ante “toda cuestión entre partes” (artículo 736° CPCCN) fuera de juicio o sometida a un juicio, por contrato o por acto posterior, siempre que se trate de cuestiones que pueden ser objeto de transacción (artículo 737°).

La capacidad arbitral, sea para firmar el acuerdo, sea para estar como parte en un juicio arbitral, es la “de las personas que pueden suscribir una

²⁴ Ver nuestro trabajo “Un sistema de arbitraje muy positivo para la América del Sur” del libro “Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversión. El arbitraje en el Perú y el Mundo”, Carlos Alberto SOTO COAGUILA (dir.), Perú - Lima: Ed. Magna, 2008, pp. 661 a 686.

transacción”, por sí o previa autorización judicial.

En cuanto a la “forma del acuerdo arbitral” el Código Procesal de la Nación dice que deberá formalizarse por escritura pública, instrumento privado o acta extendida ante el juez de la causa “o ante aquel a quien hubiese correspondido su conocimiento” (artículo 739°).

Se establecen en esa ley procesal, el contenido del que llama “compromiso”²⁵, bajo pena de nulidad (artículo 740°) y algunas cláusulas facultativas.

El Acuerdo Arbitral del MERCOSUR es la norma más moderna en Argentina y su aplicación es, naturalmente, regional.

Con fecha 26 de marzo de 1991 nace el Mercosur mediante la firma del Tratado de Asunción, el cual pretendió construir un gran mercado común entre Brasil, Argentina, Paraguay y Uruguay; luego se incorporan al pacto, como países Asociados al Mercosur, Bolivia y Chile.

En el año 1994 se suscribe el Protocolo de Ouro Preto, por el cual se adopta un arancel externo común y una unión aduanera; aunque ambos, funcionan en la práctica de manera imperfecta y con grandes partes de su normativa incumplidos o desconocidos hasta ahora.

El MERCOSUR en sí, se maneja con órganos que además de la función ejecutiva y consultiva *ejercen también*

las labores propias de la solución de los conflictos que se presenten para la conformación del grupo. Los órganos del MERCOSUR, son:

- I- El Consejo del Mercado Común (CMC);
- II- El Grupo Mercado Común (GMC);
- III-La Comisión de Comercio del Mercosur (CCM);
- IV-El Parlamento del MERCOSUR (año 2007);
- V- El Foro Consultivo Económico-Social (F.c.e.S);
- VI-La Secretaría Administrativa del Mercosur (SAM).

Solamente son órganos con capacidad decisoria, de naturaleza intergubernamental: el Consejo del Mercado Común, el Grupo Mercado Común y la Comisión de Comercio del Mercosur.

El Parlamento del Mercosur, cuyo Protocolo respectivo se suscribió por los Estados Partes, el 9 de diciembre de 2005, en Montevideo, tiene su antecedente en la Comisión Parlamentaria Conjunta, que se disolvió. Esta nueva norma del MERCOSUR se vincula necesariamente al Observatorio Democrático (OD) del Mercosur. Para el Parlamento, que ha comenzado a funcionar, se han previsto cuatro etapas para su instalación definitiva.

En Asunción del Paraguay, tiene su sede el Tribunal Arbitral Permanente de Revisión de MERCOSUR, otro órgano

²⁵ Modernamente se ha abandonado la diferencia entre compromiso y acuerdo arbitral. Es un solo concepto, aunque su materialización se haga en uno o dos pasos sucesivos.

que debe integrarse e interactuar con los demás.

El sistema normativo del MERCOSUR no está compuesto por reglas jurídicas supranacionales. Solo hay leyes comunitarias en el sentido interestadual. Por ello, cada norma aprobada colectivamente necesita en la mayoría de los casos, “ingresar” al derecho nacional de cada Estado Parte mediante una incorporación legal de cada una de las Cámaras Legislativas de las naciones que lo integran.

En el Protocolo de Ouro Preto se estableció el orden normativo del MERCOSUR, en los artículos 41º y 42º Transcribimos su texto:

Artículo 41º: Las fuentes jurídicas del Mercosur son:

- I- El Tratado de Asunción, sus protocolos y los instrumentos adicionales o complementarios;
- II- Los Acuerdos celebrados en el marco del Tratado de Asunción y sus protocolos;
- III- Las Decisiones del Consejo del Mercado Común, las Resoluciones del Grupo Mercado Común y las Directivas de la Comisión de Comercio del MERCOSUR adoptadas desde la entrada en vigor del Tratado de Asunción.

Artículo 42º: Las normas emanadas de los órganos del Mercosur previstos en el Artículo 2º de este Protocolo

tendrán carácter obligatorio y cuando sea necesario deberán ser incorporadas a los ordenamientos jurídicos nacionales mediante los procedimientos previstos por la legislación de cada país.

En el año 1998, los países del MERCOSUR suscribieron en Buenos Aires, un Acuerdo para admitir el arbitraje regional entre empresarios y no empresarios²⁶ y más tarde, los Estados Parte lo incorporaron a sus leyes internas. El texto fue llamado, como hemos dicho, “Acuerdo para el arbitraje comercial del MERCOSUR” y adquirió estatus de norma legal vigente en la Región Este reglamento arbitral, ha sido dictado inspirado en La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional de Panamá, del 30 de enero de 1975, en la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros del 8 de mayo de 1979, concluida en Montevideo y en la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, del 21 de junio de 1985.

La materia que abarca o compete a este Acuerdo, es excluyente: solamente se refiere a los negocios comerciales internacionales entre personas de derecho privado y su objeto, responde a la necesidad de uniformar la organización del arbitraje internacional entre los Estados Partes para contribuir a la expansión del comercio regional e internacional.

²⁶ MERCOSUR/CMC/Dec 3/98.

BATISTA MARTINS, señala que “a través del Decreto Legislativo 265, del 29 de diciembre de 2000, el Congreso Nacional brasileño aprobó el texto del Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercado Común del Sur –en adelante este autor lo llama también AAM–, concluido en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998, que entró en vigor para el Brasil, en el plano internacional, el 9 de octubre del 2002. Este texto fue promulgado el 4 de mayo de 2003, por medio del Decreto Federal 4719 y publicado el 6 de mayo del 2003”²⁷. Y añade que esta normativa “como objetivo regula el arbitraje resultante de controversias surgidas de contratos comerciales internacionales firmados por personas jurídicas o físicas de derecho privado de los Estados partes del Mercosur. Asimismo, tiene por principios: (i) convenir soluciones jurídicas comunes para el fortalecimiento del proceso de integración del Mercosur, (ii) promover e incentivar la solución extrajudicial de controversias privadas por medio del arbitraje en el Mercosur y (iii) uniformizar la organización y el funcionamiento del arbitraje internacional en los Estados partes, para contribuir con la expansión del comercio regional e internacional”²⁸.

Señala GRIGERA NAÓN que “el Acuerdo no define que debe entenderse por “contratos comerciales internacionales”, lo cual da lugar a un considerable margen de inseguridad cuando se trata de fijar su radio de aplicación y se presta a interpretaciones contradictorias, tanto al nivel de los árbitros, cuanto de los tribunales estatales”²⁹. Añade este autor: “el Acuerdo no aclara, por otra parte, si el requisito de “internacionalidad” queda automáticamente satisfecho si se cumple alguna de las hipótesis contempladas en el artículo 3 del Acuerdo (por ejemplo, sus incisos (a) y (b) considerados a continuación), o si responde a un examen autónomo o independiente de lo dispuesto en dicho artículo”.

Es limitada la referencia, cualquiera sea la interpretación que se le de a la expresión; hablar solamente de “contratos comerciales internacionales” implica limitar campos arbitrables, corriente contraria a lo que modernamente se está haciendo en el mundo. Y la arbitrabilidad no puede pasar solamente por el sistema contractual de los países, sino abarcar un marco más amplio, el de los actos o negocios jurídicos.

Hoy no es solo “arbitrable” el amplio sistema del derecho privado patri-

²⁷ BATISTA MARTINS, Pedro. “Observaciones sobre el texto del “Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur”. En: *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, N° 12, Bogotá: Legis, 2006, p. 7. Brasil impuso una reserva al artículo 10° sometiendo a la aprobación del Congreso Nacional cualquier acto que dé lugar a la revisión del aludido AAM o que ocasione encargos o compromisos gravosos al patrimonio nacional, en los términos del inciso I del artículo 49 de la Constitución Federal de Brasil”.

²⁸ BATISTA MARTINS, Pedro. “Observaciones sobre el texto del ‘Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur’”. En: *Revista Internacional Foro de Derecho Mercantil*, citado, p. 8.

²⁹ GRIGERA NAÓN, Horacio A., “El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur: un Análisis Crítico”. En: *Revista Brasileira de Arbitragem, Número especial de lanzamiento*, Brasil: Ed. Síntese, 2003, p. 17.

monial, sino que ya se están admitiendo soluciones de arbitraje para antiguos y vedados sectores del derecho no disponible. Hoy se trabaja en concretas soluciones para el derecho de familia, patrimonial mas amplio y aún penales, antes inimaginables.

Resulta esencial abordar del AAM y con reflejo en el acuerdo arbitral, es encuadrar la materia referida a qué cosa es un contrato internacional; ella ha sido debatida y estudiada por muchos juristas y su precisión final, aparentemente nunca alcanzada³⁰. No podemos decir que el contrato lo es solamente cuando las partes contratantes estén situadas en Estados diferentes, que haya “traslado” de mercaderías, que haya “distancia” entre las partes; que las partes, al momento del acuerdo, tengan establecimientos en Estados diversos, como establece la Convención de Viena para la Compraventa Internacional de Mercaderías³¹; ni siquiera admitimos el simplismo de entender que el negocio es internacional cuando es abarcado, abrazado o comprendido por dos sistemas jurídicos nacionales diversos. Esta última aproximación, que sería la más cercana, se desvanece cuando se pacta expresamente por las partes *una sola* ley aplicable al caso. ¿Deja entonces el contrato o negocio de ser internacional? Nuestra respuesta es negativa.

Se intenta, por los expertos en Derecho Comercial internacional, re-

ferirse a un caso “con componentes internacionales”, pero aún se mantendría el interrogante de qué se quiere decir con esto. Otro modo, es el de aludir al contrato que presenta “*points de rattachement*” con más de un ordenamiento jurídico nacional. Esta última expresión no es muy distinta de la que encabeza este párrafo.

Los factores que con mayor frecuencia han sido acogidos por la doctrina para caracterizar la internacionalidad de una relación jurídica, son:

- a) El domicilio, la residencia y la sede de las partes, distintas.
- b) Diversa ley aplicable al mérito y al procedimiento.
- c) Lugares diferentes, de la firma del contrato y donde se hacen las promesas; y el cumplimiento.
- d) El lugar de ejecución del contrato, puede tener varias alternativas.
- e) El lugar donde se ubica la propiedad involucrada en la controversia o donde ocurrió su pérdida, puede ser distinto a las sedes de las partes.
- f) El lugar donde se realiza la “prestación más característica”, cuando es diverso de los establecimientos o domicilios de las partes.
- g) El lugar de la sede del arbitraje, a veces, determina su internacionalidad.

³⁰ Cfr. FRIGNANI, Aldo. “Il contratto internazionale”. En: *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell' Economia*, Diritto da Francesco Galgano. Cedam. Padova, 1990, pp. 121 y ss.

³¹ Como ya lo hicimos notar en nuestro libro “Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial 2”, Buenos Aires, Astrea, 1994, p. 31, la Convención no define cuando un contrato es internacional sino en qué supuestos es aplicable la misma.

- h) La nacionalidad de los árbitros, si es distinta.
- i) La nacionalidad correspondiente a la sede de la institución arbitral, si existe un arbitraje internacional y los empresarios tienen sus negocios en distintos países.
- j) El lugar del reconocimiento o de ejecución de la sentencia arbitral³² si es distinto al del negocio o a los establecimientos.

En nuestra opinión, el negocio es internacional y así debe interpretarse para el AAM o reglas similares, cuando existe la posibilidad de que intervengan en su regulación más de un sistema estatal normativo³³, aunque exista un pacto en contrario. Por ello pensamos que hoy es insuficiente la disposición de la Convención de Ginebra, I, 1, a, en tanto disponía que el otorgamiento de “internacionalidad” lo daba la residencia o el domicilio en distintos Estado/s de las partes contratantes, como también lo es la disposición de la Convención de Nueva York que, aunque más amplia en sus conceptos, se refiere al reconocimiento y ejecución de los laudos y no al negocio base que los han originado³⁴.

Algunos de estos criterios han perdido vigencia frente al moderno elemento económico orientador de las relaciones negociales. A diferencia de

las bases generalmente utilizadas para la definición de arbitraje comercial internacional y de alguna preferencia contemporánea hacia el objetivo económico de sus elementos, el AAM fue más allá al admitir tanto el criterio jurídico como el económico, verbalizado en forma bastante amplia.

Una visión puramente jurídica, abstracta, del carácter internacional, ha sido sustituida por un análisis más pragmático y tangible, de sustrato eminentemente económico. Esta corriente ha ganado importancia con la puesta en vigencia del artículo 1492° del Código de Procedimiento Civil francés que ha establecido que: “El arbitraje es internacional cuando abarca intereses del comercio internacional”. Lo que parece una tautología no lo es, en este mundo globalizado, pero convengamos que la cuestión es difícil de precisar y crea más campos de dudas que se ofrecen como territorios minados cuando se busca una cierta seguridad legal.

El texto es claro y contundente: la existencia de uno de los elementos –económico o jurídico– ya habilita para que la controversia se someta a los efectos legales del AAM. En los términos del artículo 3° –Ámbito material y espacial de aplicación–, esta perspectiva se aplica al arbitraje, su organización y procedimientos, al igual

³² FOUCHARD, P.; GAILLARD, E. y GOLDMAN, B. *International commercial arbitration*. Netherlands, Kluwer, 1999, pp. 46 y 47.

³³ ETCHEVERRY, Raúl A. *Derecho Comercial y Económico. Contratos. Parte Especial*, citado, parágrafo 269, pp. 27 y ss.

³⁴ CORDON MORENO, Faustino. *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*, Pamplona, Aranzadi, 1995, pp. 156 y ss. ETCHEVERRY, Raúl A. *El arbitraje internacional y su incidencia en el comercio internacional* en el libro “Arbitragem comercial internacional” ed. LTR Sao Paulo, Brasil, 1998, p. 60.

que a las sentencias o laudos arbitrales, si se presenta alguna de las circunstancias mencionadas en él, entre las que se pueden citar las siguientes: que el contrato tenga algún contacto objetivo –jurídico o económico– con más de un Estado parte y cuando la convención arbitral es acordada entre personas que, al momento de su celebración, tienen su residencia habitual o el centro principal de sus negocios, o la sede, sucursales, establecimientos o agencias, en más de un Estado Parte.

En contraposición a su amplitud desde un ángulo, también aquí es limitada la facultad de las partes de elegir una jurisdicción y una ley aplicable a su gusto. Y esto se opone a las modernas corrientes que pretenden hacer evolucionar al arbitraje.

El AAM decidió no imponer discriminación alguna entre los criterios jurídico y económico, utilizando el ámbito material y espacial de aplicación. De ese modo, quiso atraer el mayor número posible de conflictos. En otras palabras, pretendió, de manera espontánea, alejar la intervención judicial, en beneficio de la vía arbitral. Esa premisa debe ser tomada en consideración por el intérprete y por el juzgador al momento en que se confronten con la definición del alcance y efectos de la convención arbitral; en el análisis de esas cuestiones de derecho se debe considerar la *mens legis*³⁵.

Las críticas que se pueden hacer al nuevo estatuto regional son varias y se

podrían ampliar. Sin embargo, creemos que el AAM es un intento muy bueno para ordenar los negocios en el Mercosur, aunque ciertas libertades conflictuales aparezcan un poco restringidas.

En algunos sistemas, se admiten “agregados” al laudo (*addendum*) como en la CCI.

El acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, Bolivia y Chile se refiere al contrato base del negocio jurídico y establece el ámbito material y espacial de aplicación.

Más adelante alude a la convención arbitral y le exige que dé un trato “equitativo y no abusivo” a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión y también predica que “será pactada de buena fe” (artículo 4º).

7. ALGUNOS CASOS DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

Hay una nutrida colección de fallos judiciales resolviendo temas de arbitraje. Solo mencionaremos algunos relevantes.

La Corte Suprema en el fallo “Cacchione c. Urbaser”³⁶, ha aceptado que las partes pueden:

- a. Elegir la jurisdicción para dilucidar su controversia.
- b. Renunciar a interponer recursos judiciales.

³⁵ BATISTA MARTINS, Pedro. *Observaciones sobre el texto del “Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del Mercosur”*, citado, p. 10.

³⁶ Resuelto el 24 de agosto de 2006.

En el tema indicado en b), igual pueden admitirse aunque estuviesen renunciados, según el Código Procesal y la Corte, los recursos de aclaratoria y el de nulidad basados en falta esencial del procedimiento, en haber fallado fuera de plazo o sobre puntos no comprometidos.

Hay recursos que no se pueden renunciar, por lo que se ha admitido en Corte, el planteo de arbitrariedad y el de incompetencia³⁷. La jurisprudencia arbitral como se observa, no es totalmente ajena a admitir cierto grado de control judicial³⁸.

Se ha dicho, correctamente que optar por el arbitraje es renunciar a la jurisdicción por parte de los particulares y por ende, renunciar al procedimiento de conocimiento judicial³⁹.

Tanto la elección de la jurisdicción como la renuncia de los restantes recursos (siendo indisponibles las vías indicadas) se formulan en el acuerdo arbitral y ello debe hacerse con una clara demostración de esa voluntad. Los términos del acuerdo arbitral no pueden ser confusos o equívocos, no siendo admisible guiarse por presunciones o manifestaciones indirectas.

Un fallo, siguiendo a Colombo, le reconoce la categoría de “acuerdo contractual” que corresponde acatar⁴⁰.

Como hemos señalado más arriba, para nosotros, el acuerdo arbitral representa una figura más amplia que la del contrato; es un acuerdo de naturaleza voluntaria y obligacional, que entre otras cosas, desplaza la competencia judicial. En ese caso, las partes resuelven atribuir jurisdicción a un tribunal arbitral, cuyos miembros directa o indirectamente eligen y que se ocuparán de resolver sus controversias.

También se ha establecido que cuando el contrato o convenio es claro, la justicia arbitral a la cual se lo envía, es competente⁴¹.

Un fallo estableció que el texto del contrato base o principal, es fundamental y no se puede excluir cuestiones que aquel menciona⁴².

La cláusula arbitral puede ser amplia o acotada; en este último supuesto, se puede generar una controversia de interpretación⁴³ y serán los tribunales estatales los que indicarán la solución.

En el pasado, hubo algunas resistencias a aceptar la jurisdicción arbitral

³⁷ Cfr. Caso Techint c. Empresa Nuclear Argentina, 13/07/2007, 1338 LL 2007-D, 262.

³⁸ CSJN, “Color SA c. Max Factor”, Fallos 317:1525 y CNCom, Sala D, 25/10/06 y fallo “Decathlon c. Bertone”, ED, 25/04/2007 F.54628.

³⁹ CNCom., Sala A, “Papel de Tucumán c. Bande”, 7-09-7.

⁴⁰ CNCom., Sala A, “Club de Gimnasia y Esgrima c. Goboboff” del 21/02/208 citando en su apoyo a la Sala C del 20/05/1994 en causa “Security Internacional c. Aries Cía. Argentina de Seguros”.

⁴¹ Cfr. CNCom., Sala B, “Artes c. Petrolera Santa Fe”, 30/11/2004.

⁴² CSJN, “Bear Service c. Cervecería Modelo SA” del 5/04/2005, LL 1-7-2005, N° 109.098.

⁴³ CNCom., Sala D, y Dictamen Fiscal 5/05/2000, “Alquilas c. Servinorte”.

cuando en la materia pactada (disolución y liquidación de una sociedad) se discutía precisamente la pertinencia o no de dicha disolución⁴⁴.

En Argentina, en los años noventa, la Corte opta por proteger el acuerdo arbitral y admitir que las partes han elegido libremente el arbitraje para resolver sus conflictos, dejando voluntariamente la vía judicial.

En el año 1999 se registra un fallo de la Cámara Comercial, en el cual se da plena validez a un acuerdo arbitral pactado en un convenio de accionistas⁴⁵; sin embargo, ese año, la Sala B de ese Tribunal, no aceptó que se extendiera la competencia arbitral a actos antecedentes o que precedieron al contrato base⁴⁶, marcando otra restricción al arbitraje.

La justicia estatal en Argentina, como se ve, ha sido pendular respecto del arbitraje. Ella ha sido renuente a aceptar sin más el arbitraje, administrando un criterio de restrictividad que para nosotros, no se justifica en normativa alguna. Por ejemplo, la Sala C de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial, en el caso “Atuel c. Fondo Solidario para Empleados”⁴⁷, siguiendo la doctrina que cita, entendió que las cláusulas contractuales aceptando la jurisdicción arbitral, debían interpretarse restrictivamente y también, la cláusula

de renuncia a la justicia estatal debe interpretarse en forma restrictiva⁴⁸.

Con el caso “Cartellone” del año 2004, la Corte Suprema vuelve a acentuar su resistencia al arbitraje⁴⁹, aunque se trataba de un recurso de tercera instancia.

La Corte, deja sin efecto el pronunciamiento, señalando que el “resultado obtenido” era “objetivamente injusto por desproporcionado e irrazonable” (...) “superando ostensiblemente las pretensiones del acreedor y produciendo un inequívoco e injustificado despojo al deudor, en detrimento de la moral y buenas costumbres: arts. 21º, 953º y 1071º del Código Civil”.

Dijo también la Corte que la realidad económica debe prevalecer sobre fórmulas matemáticas abstractas, revelando la preocupación del país por las crisis económicas sufridas.

Y luego señaló: “En el compromiso arbitral, el alcance de la cláusula de irrecurribilidad del laudo debe precisarse según los principios de interpretación restrictiva de la renuncia y prohibición de que recaiga sobre derechos otorgados con miras al interés público –arts. 872º y 874º, Cód. Civil–, no pudiendo hacérsela valer cuando el laudo viola el orden público por inconstitucional, ilegal o

⁴⁴ CNCom, in re Scialabba c. Nadal, 19/03/1986.

⁴⁵ CNCom, Sala A, Camuzzi c. Soditas, 27/08/1999.

⁴⁶ Cía. General de Combustibles SA, 23/09/1999.

⁴⁷ Del 16 de agosto de 2002.

⁴⁸ CNCom, Sala A, 14/2/2006, “Constructora Iberoamericana SA c. Sociedad de inversiones inmobiliarias”).

⁴⁹ CSJN 1/06/2004.

irrazonable. En el caso, se actualizaron los mayores costos de una obra pública mediante el sistema de capitalización bancaria, arribándose a un resultado exorbitante y desproporcionado, pues no es lógico prever, al formular la renuncia, que los árbitros adopten una decisión que incurra en tales vicios (...) pues el compromiso arbitral delimita en forma definitiva el objeto o “*thema decidendum*” del proceso arbitral –art. 740º inc. 3, Cód. Procesal–, cumpliendo una función sustancialmente análoga a la de los escritos de demanda, contestación y reconvencción en el proceso judicial de conocimiento”.

Un razonamiento parecido guió a la Cámara Comercial para resolver el caso Ogden⁵⁰.

Para nosotros, la explicación de la tendencia de la Corte se inscribe en una corriente de respuesta no querida a diversos fallos adversos que tuvo la Argentina ante el Tribunal del Ciadi, los cuales no siempre se tramitaron regularmente.

En el mismo Tribunal en cambio, se ha reconocido últimamente como real y concreta la crisis económica que sufrió, en diversas oleadas, la Argentina, lo que motivó distintas decisiones de Estado extraordinarias y graves, denegatorias de la protección de inversiones. Nos referimos al caso Continental⁵¹.

8. CONCLUSIONES

El arbitraje siempre concede una gran libertad en las formas y considerable amplitud operativa y jurídica para las partes.

Esta es la esencia de un sistema jurídico que regula la autocomposición de intereses en un amplio del derecho patrimonial.

Es conocido que la legislación procesal argentina es anticuada y que regula el viejo sistema del doble acuerdo: cláusula y compromiso y convenio arbitral.

Pero el sistema regional e internacional que nuestro país ha aceptado, es amplio, moderno y permite que la interpretación del arbitraje y sus reglas, debe, en caso de dudas, regirse por normas generales más modernas, que permitan acudir a este remedio.

Es preciso evolucionar en los criterios y modos de ver el derecho, aceptando el arbitraje. Para ello, nuestra posición es amplia, en el sentido de considerar las últimas normas, aunque sean regionales, son más modernas e interpretan la verdadera esencia del arbitraje aplicable en la Argentina.

Teniendo en cuenta que el arbitraje regulado hace muchos años ha sido el procesal y que el instituto ha evolucionado de otro modo en el mundo, deben

⁵⁰ Ogden c. Eijo, Sala E del 20/09/2004.

⁵¹ Continental Casualty Company v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/03/9 (US/Argentina BIT), 05/09/2008.

tomarse las reglas más favorables para su validez y eficacia, respetando la libertad de las partes, tanto para hacer negocios como para someterlos a un tribunal que eligen para resolver sus diferencias. En el país es posible, aplicando las reglas de la analogía y aprovechando la libertad negocial que toda la doctrina moderna concede al sistema arbitral.

Estamos convencidos que, pasado el tiempo en que la Argentina se ha visto lamentablemente envuelta en arbitrajes internacionales que no siempre han sido ecuanímenes (en materia, por ejemplo, de inversiones con demandas contra el Estado), este medio legal de hacer justicia tendrá su plena aceptación y ocupará el lugar que le corresponde.

Es de lamentar que no exista un Tribunal Latinoamericano o Iberoamericano de arbitraje. Los intentos del MERCOSUR no han prosperado en ese sentido.

También es preciso estudiar de nuevo esa posición de la justicia argentina, la cual, en algunos fallos, decidió aplicar un criterio “restrictivo”. ¿Restrictivo por qué? No se explica bien de qué se trata y tampoco se dan las razones por las cuales se decide de este modo.

Establecer una regla como la del criterio restrictivo, a nuestro juicio es, frente a un caso arbitral y ante la duda, no admitir cláusulas o principios propios del arbitraje.

Opinamos que la opción de los jueces es otra: o se acepta como opción libre de las partes someterse a la jurisdicción y proceso arbitral o bien denegar esa vía, abriendo la del proceso judicial estatal.

No es posible aceptar que haya sectores que estén en el plano del derecho patrimonial dispositivo, a las cuales se les restrinja la aplicación total o parcial del sistema arbitral. Es necesario aceptar que en una economía de mercado los pactos entre las partes deben ser libres, siguiendo el esquema propio del derecho privado, teniendo en cuenta la madurez y la responsabilidad que debe exigirse al ciudadano común.

Es innegable que hoy existe un derecho arbitral maduro, que está en el medio y que, en forma creciente, se acepta y acata en el obrar de quienes realizan actos jurídicos patrimoniales. Es preciso tomar conciencia y aplicar diferentes principios y diferentes “tiempos” salvo que unos u otros violen garantías o derechos constitucionales o el orden público.

Si no se acepta por todos la validez de los acuerdos arbitrales o ellos se prolongan en pleitos judiciales, será inútil el remedio que permite el arreglo de diferencias. Según hemos visto, la propia actitud restrictiva de un órgano judicial estatal, será por sí, arbitraria y no contribuirá al desarrollo del comercio y de las relaciones de intercambio en general.

El ordenamiento argentino acepta el arbitraje en las disposiciones que hemos reseñado. Nuestros operadores del derecho muchas veces van mas allá, para los casos en que la autocomposición de intereses es permitida.

La República Argentina tiene algunas leyes procesales y la regional sobre arbitraje. También, algunas de orden internacional como lo es la Convención de Nueva York.

Por otra parte, están consagrados en el derecho nacional el principio de autonomía de las partes en sus actos y contratos (artículo 1197° del Código Civil) y el que obliga a actuar siempre con buena fe (artículo 1198° del mismo Código, la vigente Convención de Viena para los contratos internacionales de compraventa de mercaderías y otros).

Utilizando el principio de analogía (artículo 17° del Código Civil) y la recta y razonable interpretación jurídica de los actos jurídicos y contratos, al juez argentino no le queda otra conducta legal que aceptar de buen grado el arbitraje, aceptando de ese modo lo pactado por las partes y sus consecuencias, con las limitaciones que indicamos arriba. Deberá aplicar lisa y llanamente lo que las partes presumieron o se supone que han previsto, sin restricción alguna. Otra cosa sería un exceso de tutela para ciudadanos libres.

El juez no es guardián de los actos y decisiones de las partes, ni en su esfera de actuación íntima, ni en el campo patrimonial disponible o transable. Debe aplicar lo pactado, como ellas lo han querido y con el alcance que lo

han deseado o ha sido demostrado con comportamientos expresos o tácitos, concluyentes.

Las partes pueden hacer uso de su amplio derecho a expresarse y a pactar libremente, dentro de los límites de la legalidad. Si no se dan los casos en que los jueces pueden corregir la autonomía de la voluntad, cuando ella ya no se refleja (lesión, imprevisión) o se dan supuestos de abuso o violación de la ley, el orden público o las buenas costumbres; lo pactado es válido, operativo y vinculante, y así debe interpretarse.

Salvo que se afecten derechos o garantías constitucionales, debe respetarse lo pactado y sus consecuencias.

Por otro lado, el acuerdo arbitral es un acuerdo especial, cuya naturaleza es la de acto jurídico complejo, con caracteres del derecho constitucional, civil, comercial y procesal.

Ese acuerdo especial es diferente del contrato base, el cual, también puede ser un contrato de cambio u otros negocios en los cuales, la restricción será solamente, que se trate de negocios que fuesen susceptibles de transacción, figura determinada en nuestra legislación positiva.

LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR VIOLACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO (*)

CAROLINE KLEINER (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La violación del acuerdo arbitral.* 2.1. *La violación de la doble obligación positiva y negativa.* 2.2. *Las condiciones de la violación: un acuerdo arbitral válido al cual ninguna de las partes haya renunciado.* 3. *El juez competente y la ley aplicable en materia de indemnización por ruptura del acuerdo arbitral.* 3.1. *El juez competente.* 3.2. *La ley aplicable.* 4. *Modalidades de la acción de responsabilidad por la violación del acuerdo arbitral.* 4.1. *La extensión del daño reparable.* 4.2. *La obligación de minimizar el daño.* 5. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

El acuerdo arbitral, en la medida en que cierra a las partes el acceso a la justicia estatal, constituye el punto final del entorno contractual concluido por las partes. Lo que se negocia mediante este acuerdo es de una gran significación. Tanta, que sin la inclusión del acuerdo arbitral, muchos contratos no serían finalmente celebrados. Sin embargo, en un elevado número de casos, no es hasta el momento de su implementación que las partes descubren su importancia y su valor. En efecto, la presentación de una

demanda ante un juez estatal por una parte que se había comprometido a resolver las controversias en vía arbitral implica costos, tanto en términos financieros como en términos de tiempo, para su contraparte. En otras palabras, se trata de la violación de un pacto susceptible de provocar daños. Es a la reparación de esos daños que queremos dedicar estas reflexiones.

La cuestión de la reparación debida por la violación de un acuerdo arbitral es raramente estudiada en cuanto tal. A menudo se prefiere el estudio de una metodología más trabajada que

(*) Profesor de la Universidad Complutense de Madrid. Presidente de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (ASADIP).

(**) Doctora en Derecho (París I); Lecturer, Universidad de Ginebra, Master in International Dispute Settlement (MIDS).

tiene por objetivo impedir a una de las partes el recurso al juez estatal: la *anti-suit injunction*¹. Es verdad que estas medidas anti-proceso pueden ser de una enorme eficacia, ya que desobedecer la orden judicial equivale a un *contempt of court*, susceptible de ser sancionado con multa y hasta con una pena privativa de libertad. Sin embargo, hay casos en los cuales el uso de este tipo de medidas se muestra imposible. En efecto, por un lado, las medidas anti-proceso son de una especificidad de los sistemas jurídicos tributarios del *common law*² y sólo pueden ser dictadas a condición de que exista un vínculo entre la jurisdicción donde se ha solicitado y el litigio objeto del acuerdo arbitral. Las jurisdicciones del *common law* no están fatalmente destinadas a ser el reservorio de competencia para emitir tales medidas respecto de todo tipo de arbitraje. Lo típico es que los tribunales ingleses sólo adopten una medida anti-proceso, en presencia de un acuerdo arbitral, si la sede del arbitraje se sitúa en el Reino Unido³. Por otro lado,

la evolución del derecho internacional privado europeo, en particular a partir de la sentencia *West Tankers*⁴ –cuyos ecos han llegado mucho más allá de las fronteras de la Unión Europea–, así como los recientes trabajos relativos a la modificación del Reglamento de Bruselas I⁵ y, más en concreto, la posible desaparición de la excepción del arbitraje del ámbito de aplicación de dicho texto⁶, nos incitan a reflexionar sobre otros métodos (alternativos o complementarios) dirigidos a reforzar el respeto del acuerdo arbitral, sea que guarde la forma de un compromiso o la de una cláusula compromisoria⁷.

Queda claro que también existe la posibilidad de que el juez estatal ante el que se presenta una demanda en violación de un acuerdo arbitral decline su competencia o se abstenga de intervenir hasta que el tribunal arbitral haya reglado la cuestión de su competencia⁸. Asimismo, puede considerarse que el rechazo del reconocimiento de una sentencia que tiene como origen la violación de un

¹ La acción de reparación por violación del acuerdo arbitral suele ser presentada como una *alternativa* a las *anti-suit injunctions*. Ver en este sentido: FRIEDLAND, Paul D. / BROWN, Kate. "A Claim for Monetary Relief for Breach of Agreement to Arbitrate as a Supplement or Substitute to an Anti-Suit Injunction". En: Albert Jan van den Berg (ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* I.c.c.a.Congress Series 2006. Montreal: Kluwer Law International, 2007, pp. 267-281.

² BORN, Gary. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009, p. 1036.

³ BRIGGS, Adrian. *Agreements on Jurisdiction and Choice of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008, n°6.23 et s.

⁴ Sentencia del TJCE de 10 de febrero de 2009, As. C-185/07.

⁵ Reglamento 44/2001 (Unión Europea), relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

⁶ Ver sobre esta cuestión RADICATI DI BROZOLO, Luca. "Choice of Court and Arbitration Agreements and the Review of the Brussels I Regulation". En: *IPRax*, 2006-2, pp. 121 ss.

⁷ Las dos expresiones son utilizadas aquí alternativamente, cualquiera sea la forma dada al acuerdo arbitral (compromiso o cláusula compromisoria).

⁸ De acuerdo al artículo II §3 de la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras.

acuerdo arbitral desempeña igualmente un rol preventivo. Sin embargo, estas medidas no constituyen un instrumento a disposición de la parte cuyo derecho al arbitraje ha sido violado; la decisión reside enteramente en el poder del juez y en las normas de procedimiento de la *lex fori* o del Estado requerido⁹.

Si ninguna *anti-suit injunction* ni ninguna medida tendiente a obtener la ejecución forzada del acuerdo arbitral, tal como ellas existen en los Estados Unidos¹⁰, resultan posibles, ¿qué es lo que queda? A falta de una medida de ejecución forzosa –sea ella directa o indirecta– la parte cuyo derecho al arbitraje ha sido violado no tiene otra vía que demandar una reparación por equivalencia, es decir, el otorgamiento de daños y perjuicios. Una reparación bajo la forma de daños y perjuicios por violación de un acuerdo arbitral es sin dudas el más “humilde” de los remedios, pero ciertamente el menos contestable. Esto justifica entonces

que nos detengamos un momento sobre esta posibilidad. El desafío no es tanto demostrar las virtudes curativas de una acción como esta sino convencer de que la admisión cuasi automática de una indemnización de daños y perjuicios por violación de un acuerdo arbitral podría jugar también un rol preventivo.

Un paralelo con la violación de las cláusulas exclusivas de elección de foro, que han sido objeto de decisiones recientes¹¹, en algunos casos sorprendentes¹², puede resultar de mucha utilidad y así se hará a lo largo de esta contribución. Tal analogía, por otra parte, es realizada tanto en trabajos de la doctrina como en decisiones judiciales¹³. Es necesario, no obstante, tener siempre en mente esta diferencia fundamental: una cláusula de elección de foro “quita” jurisdicción a un juez estatal para concedérsela a otro; un acuerdo arbitral excluye el recurso al sistema judicial¹⁴.

⁹ Es en función de la *lex fori* que el juez ante el que se presenta una demanda en violación de un acuerdo arbitral declina su competencia o suspende el procedimiento.

¹⁰ En virtud de los artículos 4, 206 y 303 de la *Federal Arbitration Act*, un tribunal norteamericano tiene el poder de dictar una resolución ordenando (“*compelling*”) a una parte que participe en un procedimiento arbitral, incluso aunque la sede del arbitraje no esté en los Estados Unidos. Ver BORN, Gary. Nota 2, pp. 1014-1015.

¹¹ Ver sobre todo la decisión de la *Court of Appeal, Union Discount Co v. Zoller*, [2001] EWCA Civ 1755 y los comentarios de BRIGGS, Adrian. Nota 3, n° 8.06 y ss.; TAKAHASHI, Koji. “Damages for Breach of a Choice-of-Court Agreement”. En: *Yearbook of Private International Law*, vol.10, 2008, pp. 57-91.

¹² Ver la sentencia del Tribunal Supremo español de 12 de enero de 2009, que otorga una indemnización por la violación de una cláusula contractual de sumisión a los tribunales españoles y al derecho español. Ver los comentarios de ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago. En: *IPRax*, 2009-6, pp. 529 ss.; y FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. En: *Rev. cr. dr. int. pr.*, 2009, pp. 756 ss.

¹³ Ver por ejemplo la decisión de la *Court of Appeal, Sunrock Aircraft Corp Ltd v. Scandinavian Airline Systems Denmark-Norway-Sweden*, [2007] EWCA Civ 882: “It is established that damages can be awarded for a loss incurred by the failure to comply with terms of an exclusive jurisdiction clause or alternative dispute resolution clause” (el énfasis nos corresponde).

¹⁴ Salvo control del laudo, a reserva de la eventual renuncia a dicho control, como viene establecido en los derechos suizo y belga y, más recientemente, en el artículo 63 (8) de la Ley peruana de arbitraje.

para remitir a una justicia privada, la ejercida por un tribunal arbitral.

Veremos en primer lugar en qué consiste la violación de un acuerdo arbitral (I) y después el foro competente y la ley aplicable a la reparación de dicha violación (II). Finalmente, razonando a partir de la base de un denominador común de los derechos de la responsabilidad, estudiaremos las modalidades de la puesta en práctica de la mencionada reparación (III).

2. LA VIOLACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

Al día de hoy es de sobra conocido que un acuerdo arbitral comporta dos efectos¹⁵. El primero es el que obliga a las partes a someter su controversia a un tribunal arbitral constituido según los términos acordados por ellas. Se trata de una obligación positiva, de una obligación *de hacer*. El segundo efecto producido por el acuerdo es en cambio negativo. Por el acuerdo arbitral que han celebrado, sea en una cláusula contenida en el contrato o en un instrumento separado, las partes se comprometen a respetar una obligación *de no hacer*, es decir, ellas se impiden mutuamente el recurso a un juez estatal. Dado esta la doble obligación asumida por las partes, es necesario extenderse sobre la noción de violación del acuerdo. ¿Se trata sólo de la obligación positiva? ¿De la obligación negativa? ¿De las dos? Una vez

resuelta esa cuestión podremos identificar las condiciones que deben satisfacerse para que nos encontremos frente a la violación de un acuerdo arbitral.

2.1. Violación de la doble obligación positiva y negativa

Es evidente que las dos obligaciones resultantes del sometimiento a un acuerdo arbitral están ligadas entre ellas. El hecho de acudir a un juez estatal en relación con un litigio que entra en el ámbito de aplicación del acuerdo arbitral constituye a la vez una violación de la obligación negativa y de la obligación positiva. La violación de la obligación de no hacer implica necesariamente la violación de la obligación de hacer. De allí que la definición de la violación del acuerdo arbitral se reduce a dos cuestiones. ¿La violación del acuerdo arbitral se produce desde que una de las partes viola su obligación positiva o únicamente cuando la obligación de no hacer no es respetada?

La violación de la obligación de hacer no entraña necesariamente una violación de la obligación de no acudir a los tribunales estatales. En efecto, una de las partes puede, sin recurrir a un tribunal estatal, abstenerse de hacer, es decir, rechazar de participar en un arbitraje. La no comparecencia de una parte en el arbitraje, ¿engendra una violación del acuerdo arbitral? Si el

¹⁵ V. BORN, Gary. Nota 2, pp. 1003 ss.; POUDRET, Jean-François / BESSON, Sébastien. *Comparative Law of International Arbitration*. Zurich: Thomson, Sweet & Maxwell, Schulthess, 2007, n° 367 ss.; LEW, Julian D.M. / MISTELIS, Loukas A. / KRÖLL Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2003, pp. 129 ss.; GAILLARD, Emmanuel / SAVAGE, John (dirs.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer, 1999, n° 624 ss.

reglamento de arbitraje bajo el auspicio del cual se lleva a cabo el arbitraje prevé disposiciones *ex parte* o un procedimiento en rebeldía¹⁶, la no participación del demandado en el arbitraje no impide que el litigio sea solucionado por este medio. El único riesgo al cual podría verse confrontado el demandante de arbitraje sería el concerniente a la eventual dificultad para hacer ejecutar el laudo en un Estado cuya ley de arbitraje no autorice el procedimiento arbitral en rebeldía. Por lo tanto, la violación de la obligación positiva del acuerdo arbitral no implica por sí sola un perjuicio para el demandante de arbitraje, en la medida en que el procedimiento pueda desarrollarse sin la presencia de la parte demandada. En la hipótesis que las reglas aplicables al arbitraje no prevean una disposición de ese tipo, o que las partes no hayan designado un reglamento de arbitraje, la posibilidad de que un arbitraje pueda tener lugar sin la participación del demandado dependerá del tribunal arbitral, que es soberano para reglar el procedimiento. En este caso, bastante raro por cierto, corresponderá entonces al tribunal arbitral decidir si la violación de la obligación positiva derivada del acuerdo arbitral impide la prosecución del arbitraje. Si el resultado es afirmativo, la violación de la obligación positiva constituirá, ahora sí, una auténtica violación del acuerdo arbitral (esto es, una violación que genera responsabilidad), ya que la parte demandante quedaría privada de su derecho al arbitraje.

Ahora bien, cuando una parte viola la obligación *negativa* del acuerdo arbitral, lo que se produce cuando, a pesar de la presencia de tal acuerdo, ella incoa un procedimiento judicial respecto de una controversia cubierta por aquél, ¿se produce una violación del acuerdo arbitral? Es evidente que la demanda ante un tribunal estatal obliga a la otra parte a asegurar su defensa, aunque sea para invocar una excepción de incompetencia basada en la existencia de un acuerdo arbitral. Sólo con ese dato, no cabría ninguna duda de que el acuerdo arbitral es violado. Pero la violación de la obligación negativa por el demandante que intenta una acción ante un tribunal estatal no conduce indefectiblemente a la privación para el demandado de su derecho contractual al arbitraje. Ésta no se produce sino en un caso particular que podríamos denominar de “violación cualificada” del acuerdo arbitral. Para identificar este tipo “extremo” de violación, conviene distinguir diferentes hipótesis, según que se trate de la jurisdicción de la sede del arbitraje o no.

- i. El juez, sea cual sea, declina su competencia o suspende el procedimiento

El artículo II §3 de la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras dispone que “[e]l tribunal de

¹⁶ Como los artículos 28 del Reglamento de arbitraje de la UNCITRAL; 28 (2) de las Reglas suizas; 6 (3) del Reglamento de arbitraje de la CCI; 30 (2) del Reglamento de arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo; o incluso los artículos 41 (4) de la Ley inglesa de arbitraje o 46 (b) de la Ley peruana de arbitraje. Aunque leyes como la francesa, la suiza y la italiana nada dicen sobre este tema, la no comparecencia de una parte no constituye un obstáculo para el arbitraje. V. POUDET, Jean-François / BESSON, Sébastien. Nota 15, n° 586.

todo Estado Contratante, al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, deberá, a instancia de una de ellas, remitirlas a arbitraje, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”, principio particularmente retomado por el artículo 8 §1 de la Ley Modelo de la UNCITRAL. El juez, llamado a intervenir en una controversia cubierta por un acuerdo arbitral válido, operativo y aplicable, debe enviar las partes al arbitraje. La fórmula utilizada significa que el juez tiene el deber de mandar las partes al arbitraje y que no puede ejercer al respecto ningún poder discrecional¹⁷. La cuestión, resuelta de forma diferente según los ordenamientos jurídicos hayan incorporado o no la Ley Modelo, es saber si el tribunal estatal excitado en violación de un acuerdo arbitral debe limitarse a un control *prima facie* de tal acuerdo o no¹⁸.

En Francia, el artículo 1458 del Código procesal civil, aplicable al arbitraje internacional, prevé que

“[c]uando un litigio respecto del cual esté conociendo un tribunal arbitral en virtud de un acuerdo arbitral se somete a un tribunal estatal, éste deberá declararse incompetente. Si el tribunal arbitral no estuviera aun conociendo de la controversia, el tribunal estatal deberá igualmente declararse incompetente a menos que el acuerdo arbitral sea manifiestamente nulo. En ninguno de los dos casos el tribunal puede declarar de oficio su incompetencia”.

El tribunal arbitral tiene la prioridad absoluta, a menos que el acuerdo sea manifiestamente nulo o inaplicable¹⁹. En España, el artículo 11 (1) de la Ley de arbitraje 60/2003 obliga también al juez a declinar su competencia para dejar la prioridad al tribunal arbitral²⁰. La Ley

¹⁷ Ver sin embargo, entre otras decisiones recientes sobre la aplicación de esta de esta disposición (o como la misma ha sido transpuesta en las legislaciones nacionales): Corte Suprema de Israel, *Teva Pharmaceutical Industries v. Proneuron Biotechnologies Inc.*, caso 1817/08 (octubre 2009), resumido por Roy Schondorf, en: ITA Kluwer Law International, por la cual dicho tribunal sostuvo la existencia de un poder discrecional de los jueces de Israel para rechazar la suspensión del procedimiento en presencia de un acuerdo arbitral en circunstancias “raras y excepcionales”. Sobre la aplicación del artículo II §3 de la Convención de Nueva York y el artículo 8 de la Ley Modelo de la UNCITRAL, ver GAILLARD, Emmanuel / BANIFATEMI, Yas. “Negative effect of Competence-Competence: The Rule of Priority in Favour of the Arbitrators”. En: E. Gaillard / D. Di Pietro (dirs.), *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards. The Nueva York Convention in Practice*. Londres: Cameron May, 2008, pp. 257-273; BACHAND, Frédéric. “Kompetenz-Kompetenz, Canadian Style”. En: *Arbitration International*. Vol. 25, 2009, pp. 431-453.

¹⁸ BACHAND, Frédéric. “Does Article 8 of the Model Law Call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?”. En: *Arbitration International*. Vol. 22, 2006, pp. 463-476.

¹⁹ ANCEL, Jean-Pierre. “L'arbitrage international en France”. En: *Arch. Phil. Droit*. T. 52, 2009, pp. 197-212, esp. 205.

²⁰ Artículo 11: “El acuerdo arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”. En las antípodas de esta concepción se encuentra el derecho arbitral argentino, el cual, a falta de normas expresas en el sistema autónomo, sigue la jurisprudencia de la Corte Suprema que consiste en que el tribunal arbitral no tiene prioridad ni siquiera en el caso de hallarse ya constituido al momento de la presentación de la acción judicial. Ver RIVERA, Julio César. *Arbitraje comercial. Internacional y doméstico*. Buenos Aires: LexisNexis, 2007, pp. 419 ss.; CAIVANO, Roque. “Una singular cuestión de competencia (a propósito de un conflicto entre un juez y un tribunal arbitral)”. En: *La Ley*, 1990-A-419.

peruana de arbitraje de 2008 desarrolla estos principios pero con una redacción y una técnica mucho más depuradas. El artículo 16 (4) de dicha Ley establece:

“[e]n el arbitraje internacional, si no estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que el convenio arbitral es manifiestamente nulo de acuerdo con las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia. No obstante, si el convenio arbitral cumple los requisitos establecidos por el derecho peruano, no podrá denegarse la excepción. Si estuviera iniciado el arbitraje, la autoridad judicial sólo denegará la excepción cuando compruebe que la materia viola manifiestamente el orden público internacional. En cuanto la ley del tribunal judicial al que acude una parte obliga al tribunal a declinar su competencia, el demandado en este proceso no se ve privado de su derecho al arbitraje”.

ii. El juez se declara competente y decide el fondo del litigio

a. El juez pertenece a una jurisdicción distinta a la de la sede del arbitraje

En esta hipótesis, el demandado ante el tribunal estatal puede iniciar un procedimiento arbitral y el tribunal arbitral no tiene ninguna razón para no proseguir sus actuaciones. Incluso si el derecho del país del juez que está conociendo del caso en violación del

acuerdo arbitral autoriza a dicho juez a realizar un examen completo del acuerdo y éste es declarado nulo o ineficaz, tal decisión judicial no se impone a las partes ni a los árbitros. Es cierto que la situación del demandado se vuelve más delicada, ya que deberá encargarse de extremar todos los argumentos tendientes a mantener la validez del acuerdo arbitral; ya no le bastaría, como en la hipótesis precedente, la simple presentación del acuerdo para descartar la competencia del tribunal estatal. Sin embargo, el derecho contractual del demandado al arbitraje no se vería afectado.

b. El juez pertenece a la jurisdicción de la sede del arbitraje

Esta situación es la más problemática para el demandado en el procedimiento judicial. Si el juez ante el que se presenta la demanda acepta su competencia fundándose en la nulidad del acuerdo arbitral, teniendo lugar el procedimiento de arbitraje dentro de la misma jurisdicción, el laudo arbitral corre un riesgo cierto de ser anulado. El demandado ante el tribunal judicial se encontrará, pues, verdaderamente privado de su derecho al arbitraje, suponiendo que el acuerdo sea considerado válido a juicio del tribunal arbitral.

Conviene no obstante descartar el caso en el cual, antes de que se inicie un procedimiento arbitral, una de las partes presenta ante un juez estatal una acción declaratoria para determinar la validez del acuerdo arbitral. Pocos Estados admiten

este tipo de acción²¹. Pero cuando ella es prevista por el ordenamiento jurídico, el hecho que una de las partes acuda al tribunal estatal no debe considerarse como una violación del acuerdo arbitral ya que, de un lado, tales acciones en general sólo son posibles antes de la constitución del tribunal arbitral, y, de otro lado, se presume que las mismas, que están disponibles únicamente si la sede del arbitraje se sitúa en el territorio del foro de la acción declaratoria, han sido aceptadas por las partes al elegir libremente la sede del arbitraje.

En consecuencia, a nuestro modo de ver, sólo la violación de la obligación negativa que comporta además una violación de la obligación positiva contenida en el acuerdo arbitral debe ser considerada como violatoria de éste, sin que dicha violación lleve necesariamente a privar a una de las partes de su derecho contractual al arbitraje. Esta definición excluye así el hecho de que la acción ante un juez estatal ejercida por una parte vinculada por un acuerdo arbitral, relativa no a la controversia en sí sino a un aspecto accesorio de la misma (como sería, por ejemplo, la solicitud de una medida cautelar destinada a conservar un medio de prueba), pueda ser tomada como una violación del acuerdo arbitral. Sólo la violación de la obligación “esencial”

contenida en el acuerdo arbitral (hacer decidir el litigio mediante arbitraje) debe ser tenida en cuenta²².

2.2. Las condiciones de la violación: un acuerdo arbitral válido al cual ninguna de las partes haya renunciado

Después de haber identificado en qué consiste la violación de un acuerdo arbitral, conviene subrayar que una violación sólo puede cometerse en presencia de un acuerdo válido. Esto parece evidente, pero sin embargo la misma validez de un acuerdo arbitral es lo que puede precisamente dar lugar a una controversia entre las partes. Es sobre todo para evitar y prevenir el nacimiento de litigios al respecto que ciertos ordenamientos autorizan las acciones antes mencionadas, cuyo objetivo es el de obtener una sentencia que declare válido el acuerdo arbitral²³.

La validez del acuerdo arbitral depende evidentemente de la ley aplicable al mismo, cuestión sometida, según los diferentes ordenamientos jurídicos, a una gran incertidumbre para las partes, dada la amplitud frecuentemente permitida al tribunal arbitral en la determinación del derecho aplicable²⁴. En consecuencia,

²¹ Ver, entre otras, en Europe: en Alemania, artículo 1032 (2) ZPO (Código procesal civil), que autoriza una acción declarativa sólo hasta la constitución del tribunal arbitral; en Italie, article 819 (b) (3) del Código procesal civil. Las leyes inglesa y sueca, respectivamente, sólo en ciertas circunstancias autorizan la acción declarativa. POUURET, Jean-François / BESSON, Sébastien. Nota 15, n°483 ss.

²² Ver NORTH COHEN, Sherri y WESSEL, Jane. “In Tune with Mantovani: The “Novel” Case of Damages for Breach of an Arbitration Agreement”. En: *I.A.L.R.* Vol. 4. 2001, pp. 65-69.

²³ Cf. *supra* nota 21.

²⁴ BORN, Gary. Nota 2, pp. 409 ss.; POUURET, Jean-François / BESSON, Sébastien. Nota 15, n° 291 ss.

las partes sólo pueden tener certeza de la validez del acuerdo si conocen el país en el cual se presentará una acción y si la ley en vigor en ese país establece un criterio claro para designar el derecho aplicable, tal como vimos que hace la Ley peruana. Al menos, la aplicación del efecto negativo del principio competencia-competencia²⁵ permite a las partes conocer el único juez competente para jugar la validez de la cláusula, el que ellas hayan elegido. Incluso en los Estados en los cuales este efecto no es plenamente reconocido, la adopción de un criterio de control *de mínima (prima facie)* del acuerdo arbitral permite a las partes vinculadas por él la reducción del riesgo de que dicho acuerdo sea declarado nulo antes de un procedimiento arbitral haya podido iniciarse. Así, la validez del acuerdo aparece teñida de un halo de relatividad, halo que se extiende a la calificación de la violación de aquél. La multiplicación de foros potencialmente competentes para juzgar la validez de un acuerdo arbitral puede conducir a que un laudo otorgue una indemnización por abuso de procedimiento, mientras que, de hecho,

el acuerdo arbitral es declarado nulo por el juez estatal.

Aceptado lo anterior, para que tenga lugar la violación de un acuerdo arbitral, éste no sólo debe ser válido sino que además es necesario que ninguna de las partes haya renunciado al mismo. Este punto es notablemente más delicado. En efecto, la aparente violación del acuerdo desaparece si, mediante la interposición de la acción judicial, se genera una presunción de que el demandante está renunciando al acuerdo arbitral²⁶. ¿Cómo se puede diferenciar el caso en el cual una parte que acude al tribunal judicial a pesar de estar obligado por un acuerdo arbitral renuncia legítima y legalmente a su derecho contractual al arbitraje, del caso en el cual dicha acción constituye una violación del acuerdo? La actitud del demandado ante el proceso estatal es ciertamente determinante. Si él no invoca el acuerdo arbitral en los términos fijados por la ley del foro, puede considerarse que está aceptando la renuncia al arbitraje manifestada por el demandante²⁷.

²⁵ Ver *supra*. En virtud de este principio, la validez del acuerdo arbitral se resuelve en primer lugar por el tribunal arbitral; en segundo lugar, por el juez ante el cual se presenta una acción de nulidad del laudo por nulidad o inexistencia del acuerdo arbitral.

²⁶ PRYLES, Michael. "When is an Arbitration Agreement Waived?". En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 27(2), 2010, pp. 105-139.

²⁷ Como lo ilustra la decisión de la Corte Suprema de Panamá de 22 de enero de 2001 en el caso *Fomento*, en el cual los tribunales panameños se declararon competentes para conocer de un litigio entre una sociedad panameña y una sociedad española vinculadas entre sí por un acuerdo arbitral, en razón de la invocación tardía de dicho acuerdo ante los tribunales de Panamá. Esto no impidió sin embargo al tribunal arbitral, con sede en Suiza, de conocer de la controversia y de dictar un laudo sobre el fondo, laudo que fue anulado por el Tribunal Federal en una decisión de 14 de mayo de 2001, aplicando el principio de *lis pendens*. Sobre este caso, ver BESSON, Sébastien. "The relationships between Court and Arbitral Jurisdiction: the Impact of the New Article 186 (1bis) PILS". En: *New developments in international commercial arbitration 2007*. Zurich: Schulthess, 2007, pp. 57-78.

3. EL JUEZ COMPETENTE Y LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN POR RUPTURA DEL ACUERDO ARBITRAL

Una vez definida la violación del acuerdo arbitral, quedan todavía por dilucidar las cuestiones relativas al juez competente para plantear una demanda de indemnización y al derecho aplicable a esa controversia.

3.1. El juez competente

¿Ante qué juez puede una parte demandar a otra por violación del acuerdo arbitral? Si un juez ha declinado su competencia o suspendido el procedimiento respecto de una demanda presentada en violación de un acuerdo arbitral, ¿puede de todos modos conocer de la cuestión de la responsabilidad y de la reparación por los daños causados por dicha violación? En otros términos: ¿la acción de reparación por la violación del acuerdo arbitral entra en el ámbito de aplicación de éste, quedando por lo tanto sometida a la competencia del tribunal arbitral, o debe considerarse como una cuestión externa a dicho ámbito?

Es obvio que estas preguntas no pueden pretender una respuesta válida para la generalidad de los casos, sino que es inevitable analizar los términos exactos del acuerdo arbitral respectivo. Así

y todo, es dable pensar que aún cuando el arbitraje haya sido previsto por las partes para solucionar las controversias relativas a un contrato en particular, el procedimiento extra-judicial así elegido debe también seguirse para los litigios inherentes al procedimiento en sí. Un pensamiento como este implicaría que sólo el tribunal arbitral puede conocer en una acción como la aludida.

En uno de los primeros asuntos atinentes a nuestra problemática, el caso *Mantovani*²⁸, el juez inglés aprobó la actuación del tribunal arbitral (el *Board of Appeal de la Grain and Feed Trade Association*) que condenó a la parte que había presentado una demanda ante los tribunales italianos en violación del acuerdo arbitral, a pagar una indemnización por daños y perjuicios a su contraparte. Sin embargo, en un caso posterior, *A c. B*²⁹, fue el tribunal estatal el que concedió una indemnización a la parte que había sufrido un perjuicio a raíz de la presentación de una acción ante los tribunales ingleses en violación del acuerdo arbitral.

Desde nuestro punto de vista, desde que el daño procede de una violación del acuerdo arbitral, cuya implementación corresponde exclusivamente a la competencia del tribunal arbitral³⁰, éste debería ser el único competente para juzgar la acción en reparación por su violación.

²⁸ *Mantovani* [1980] 1 Lloyd's Rep. 375.

²⁹ *A c. B*, [2007] 1 Lloyd's Rep. 358.

³⁰ Obviamente, con la asistencia del juez de apoyo, a lo que no nos estamos refiriendo aquí.

Cabría no obstante pensar en dos situaciones susceptibles de justificar la competencia del juez estatal: una se produciría si la acción se apoya sobre un fundamento no contractual; la otra tendría lugar si el tribunal arbitral ha dictado el laudo y ya ha concluido su actuación en el asunto. En efecto, si la acción en reparación se basa en la responsabilidad extracontractual, el juez, “instrumento” de la violación de la cláusula arbitral, podría entonces justificar su competencia en el foro del lugar de producción del hecho dañoso. Es precisamente a propósito de la acción de responsabilidad por violación de un acuerdo de elección de foro que la doctrina se ha interrogado sobre el fundamento contractual o extracontractual de la misma. Sobre este punto, sin embargo, Adrian BRIGGS³¹ renuncia a abrazar la analogía tradicionalmente asumida entre acuerdo arbitral y cláusula de elección de foro. Para él, la naturaleza contractual del acuerdo arbitral es incontestable: las partes se han comprometido a someterse a la decisión de los árbitros y a aceptar el laudo como resultado de sus pretensiones. En cambio, una cláusula de elección de foro no implica que las partes aceptan de antemano la sentencia obtenida; la sentencia no forma parte de su acuerdo. Esto constituye una diferencia fundamental entre ambos tipos de acuerdo. El autor deduce de ello que la reparación por violación de una cláusula de elección de foro debe fundarse en principio sobre un *non-contractual wrong* o *tort*, es decir,

sobre una obligación extracontractual. Al contrario, la violación de un acuerdo arbitral debe reposar sobre una acción en *breach of contract*, para la cual sólo el tribunal arbitral es competente. Podría darse, pero se trata de una hipótesis más bien rara, que, después de que el tribunal arbitral ha emitido el laudo, la parte condenada acuda al tribunal estatal para presentar no una solicitud de anulación del laudo sino una demanda sobre el fondo. El tribunal estatal dispone en ese caso del argumento de la cosa juzgada (*res judicata*) para declinar su competencia, pero puede también otorgar daños y perjuicios al demandado por procedimiento abusivo, sin que haya necesidad de invocar la violación del acuerdo arbitral³².

Por consiguiente, el único foro posible para intentar una acción como la indicada es el tribunal arbitral. Pero para decidir tal cuestión, es necesario todavía que el tribunal determine la ley aplicable a la reparación.

3.2. La ley aplicable

Habiendo retenido la calificación contractual para la demanda de indemnización por la violación de un acuerdo arbitral, la ley que parece imponerse para gobernar esta cuestión es la que rige el propio acuerdo³³. Pero, como ya ha sido indicado, la designación de la ley aplicable es un tema plagado de incertidumbres en el derecho arbitral. No existe en el

³¹ BRIGGS, Adrian. Nota 3, n° 8.52.

³² En el mismo sentido, FRIEDLAND, Paul D. y BROWN, Kate. Nota 1, p. 272.

³³ *Ibid.*, pp. 270 ss.

derecho comparado una regla uniforme al respecto. Las leyes nacionales que rigen el arbitraje internacional reenvían normalmente a la ley elegida por las partes³⁴. Sin embargo, en muchos casos las partes no realizan tal elección, de lo que se deriva la utilidad de contar con criterios subsidiarios. Entre éstos, con diferentes formulaciones, hay dos que predominan: el de la *proper law of the contract* y el de la sede del arbitraje³⁵.

Aún cuando pensemos que el tribunal arbitral debería normalmente preocuparse por la selección del derecho aplicable a la demanda de reparación, no parece ser ésta una preocupación generalizada dado que no es raro encontrar laudos en los cuales se otorga una indemnización sin un particular análisis de cuál es la ley aplicable a dicha cuestión³⁶. Esto tal vez esté indicando que la determinación de la ley aplicable no sería tan importante como puede parecernos, ya que el derecho a la indemnización de los daños causados por la violación del acuerdo arbitral

parece ir ganando en aceptación en cualquier caso.

Es verdad que la reparación por la violación de un derecho procesal no puede considerarse como algo que siempre ha estado admitido. En la época en que se realizaba una tajante oposición entre el derecho sustancial y el derecho procesal, y que sólo el primero era considerado un derecho subjetivo y por lo tanto justiciable, mientras que el segundo se asimilaba a un derecho sancionador no justiciable por sí mismo, se entendía que el cumplimiento del derecho “procesal” podía ser *forzado*, sometido a *coerción*, pero no *reparado*³⁷. Hoy en día, está distinción y sus consecuencias resultan insostenibles. Si se admite la reparación de los daños causados por la violación de un acuerdo de elección de foro³⁸, *a fortiori*, la ruptura de un acuerdo arbitral merece una compensación. A. BRIGGS indica al respecto que: “*the proposition* [el derecho a una indemnización por la violación de una cláusula atributiva de jurisdicción] *appears to have gone from novelty to banality in a very short time*”³⁹.

³⁴ Se trata de un principio afirmado por numerosas legislaciones, así como por la jurisprudencia inglesa y norteamericana. El artículo V (1) (a) de la Convención de Nueva York establece, aunque de forma indirecta, la ley de autonomía. La misma formulación ha sido retomada por los artículos 34 (2) (a) (i) y 36 (1) (a) (i) de la Ley Modelo de la UNCITRAL. Consecuentemente, los Estados que han adoptado estas disposiciones han igualmente adoptado la autonomía de la voluntad como criterio básico para determinar la ley aplicable al acuerdo arbitral. BORN, Gary. Nota 2, pp. 434 ss.

³⁵ Ver por ejemplo los artículos 178 de la Ley federal suiza de derecho internacional privado y 48 de la Ley sueca de arbitraje.

³⁶ Para una ilustración de esta cuestión, ver las decisiones citadas por FRIEDLAND, Paul D. / BROWN, Kate. Nota 1, nota 12.

³⁷ Esta concepción se ve claramente en las sentencias de primera y segunda instancia del asunto finalmente decidido por el Tribunal Supremo español el 12 de enero de 2009 (ver *supra* nota 9). Para aquéllas, la única sanción que puede imponerse a quien presenta una demanda en un tribunal diferente al elegido por las partes es el rechazo de dicha demanda.

³⁸ Tribunal Supremo español, nota precedente, y *Union Discount Co v. Zoller* [2001] EWCA Civ 1755, [2002] 1 WLR 1517.

³⁹ BRIGGS, Adrian. Nota 3, n° 8.14.

De allí que pueda ahora afirmarse que existe un *derecho* a la reparación de los daños causados por la violación del acuerdo arbitral y quepa entonces preguntarse por las modalidades de su ejercicio.

4. MODALIDADES DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

Si admitimos que la violación de un acuerdo arbitral entraña una obligación de reparación, a través de una indemnización de daños y perjuicios, los diferentes tipos de daños reparables deben ser evidentemente determinados por la ley aplicable a la reparación. Cualquiera sea la ley designada para regirla, se plantean dos cuestiones fundamentales: la relativa a la extensión de los daños reparables y la que se refiere a la obligación del demandante en el procedimiento arbitral de minimizar sus daños.

4.1. La extensión del daño reparable

Esta cuestión se refiere a la identificación del perjuicio sufrido por el demandante en el procedimiento arbitral, quien se ve obligado a defenderse ante un juez que no sólo no ha elegido sino que había pretendido excluir expresamente por medio de la conclusión de un acuerdo arbitral.

Una vez más, se percibe la importancia de la calificación de la acción,

ya que las modalidades de reparación no son necesariamente idénticas según se trate de un perjuicio *contractual* o *extracontractual*. El perjuicio reparable derivado de una violación de un contrato debe en principio ser previsible para las partes y puede además ser objeto de una indemnización a tanto alzado.

El tipo de perjuicio reparable más evidente en razón de su previsibilidad y de la facilidad de su cuantificación concierne a las pérdidas sufridas (daño emergente), es decir, a los gastos realizados a fin de asegurar la defensa interponiendo una excepción de incompetencia. Esto incluye los gastos de justicia y los honorarios de los abogados por la representación ante el tribunal estatal⁴⁰.

La demanda en reparación por lo que se ha dejado de ganar (lucro cesante) es más complicada, ya que el perjuicio al que nos referimos aquí no se refiere a la violación del contrato por el cual las partes han establecido su relación sino al que se ha sufrido por la violación de un acuerdo procesal. En general, la demanda ante un tribunal estatal en violación del acuerdo arbitral, paralelamente al desarrollo de un procedimiento arbitral, no tiene un gran impacto sobre este último. Dicha demanda, en principio, no provoca demoras ni interfiere de otro modo en el arbitraje. Como el procedimiento arbitral prosigue su marcha independientemente de la acción fraudulenta ante el tribunal estatal, no parece que pueda existir un *lucro cesante* en este sentido.

⁴⁰ DUTSON, Stuart. "Breach of an Arbitration or Exclusive Jurisdiction Clause: The Legal Remedies if it continues". En: *Arbitration International*. Vol. 16, 2000, pp. 89-100.

Queda aún el eventual perjuicio sufrido por el hecho de la pérdida de la confidencialidad, obligación accesoria del acuerdo arbitral⁴¹, que podría ser reparado. Este perjuicio deberá ser evaluado en función de la publicidad hecha y de la difusión de la decisión de los tribunales estatales sobre la declinación de su propia competencia o la suspensión del procedimiento judicial.

Dadas las potenciales dificultades para evaluar los perjuicios sufridos, tal vez pudiera pensarse en la utilidad práctica de prever la inclusión de una cláusula penal vinculada con el respeto del acuerdo arbitral. Esto podría darle una mayor fuerza de coerción al acuerdo, aunque el impacto sobre la confianza entre las partes es muy difícil de calcular.

4.2. La obligación de minimizar el daño

Finalmente, debe resolverse una última cuestión relativa a la sustanciación de la acción de daños y perjuicios por violación de un acuerdo arbitral. Un principio cada vez más unánimemente aplicado aparece actualmente en toda demanda de reparación. Nos referimos a la obligación que incumbe a la víctima de minimizar el daño sufrido⁴². ¿Qué peso debe tener en la evaluación del perjuicio

sufrido la inacción de la parte demandada (en el procedimiento judicial)?

El demandado (y demandante en el procedimiento arbitral) puede bien “contraatacar” incoando otra acción ante unos tribunales cuya ley autorice el dictado de una *anti-suit injunction*, o bien defenderse oponiendo la excepción de arbitraje. En nuestra opinión, el hecho de que el demandado no intente la primera acción, suponiendo que pueda hacerlo (es decir, que disponga de un tribunal que tenga el poder de dictar una medida anti-proceso), no constituye una violación de la obligación de minimizar su daño. El contraataque se sitúa mucho más allá de los límites de esta obligación y supera las expectativas implícitas contenidas en el acuerdo arbitral⁴³. En cambio, si el demandado comparece y no impugna la competencia del tribunal estatal, no solamente está faltando a dicha obligación, sino que su demanda deberá igualmente considerarse infundada ya que, en tal caso, podrá presumirse que ha aceptado la competencia del tribunal estatal y, por lo tanto, que ha renunciado a su derecho al arbitraje⁴⁴.

5. CONCLUSIÓN

La violación del acuerdo arbitral ha sido raramente estudiada desde el ángulo de su *reparación*. La idea de que

⁴¹ POUDRET, Jean-François y BESSON, Sébastien. Nota 15, n° 368.

⁴² Principio enunciado en el artículo 77 de la Convención de Viena de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías; en el artículo 7.4.8 de los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales; y en el artículo 9:505 de los Principios europeos de derecho de los contratos.

⁴³ En el mismo sentido: FRIEDLAND, Paul D. y BROWN, Kate. Nota 1, p. 278.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 275.

sólo la denegación de la competencia del tribunal estatal o las medidas anti-proceso dirigidas contra la parte que rompe el acuerdo constituyen remedios eficaces domina desde hace bastante tiempo el panorama comparado. Sin embargo, los laudos arbitrales que han decidido sobre el particular, así como alguna decisión judicial confirmando ese poder de los árbitros, parecen mostrar que un cambio está despuntando.

Condenar a una parte que viola deliberadamente un acuerdo arbitral válido a pagar daños y perjuicios es una sanción fácil de implementar y entra claramente en la competencia del tribunal arbitral. A fuerza de reiterarse, esta solución podría tener, sin dudas, las mismas virtudes curativas que la adopción de las medidas anti-proceso, sin merecer los mismos reproches que éstas.

EL ARTÍCULO II (2) DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK ES AHORA UN PROBLEMA

FEDERICO GODOY (*)

JUAN SONODA (**)

SUMARIO: 1. *El acuerdo arbitral en el artículo II (2) de la Convención de Nueva York.* 2. *Interpretación del artículo II (2) por los tribunales judiciales.* 2.1. *Interpretación del requisito de firmas o intercambio de documentos.* 2.2. *Aplicación de los principios de la buena fe y los actos propios.* 3. *Conclusiones.*

1. EL ACUERDO ARBITRAL EN EL ARTÍCULO II (2) DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

El arbitraje es posible, por la voluntad de las partes de excluir sus controversias de la jurisdicción de los jueces del Estado y por la ley que reconoce el poder de las partes de hacerlo. Este concepto tiene especial importancia en todos aquellos casos en que un laudo dictado en una jurisdicción debe ser ejecutado en una distinta.

Bajo la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, “Convención de Nueva York”, el convenio arbitral debe celebrarse por escrito, lo cual significa (i) mediante una cláusula incluida en un contrato o compromiso firmado por ambas partes o (ii) en un intercambio de cartas o telegramas¹.

El requisito del “acuerdo por escrito” ha sido sometido a críticas, pues quedó desactualizado frente a los avances en los medios de comunicación y la dinámica de los negocios². Sin embargo,

(*) Socio de Beretta Godoy, Buenos Aires, Argentina. Subdirector Académico del curso de “Arbitraje de Inversiones” de la Universidad de Buenos Aires.

(**) Socio de Beretta Godoy, Buenos Aires, Argentina.

¹ Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Artículo II (2): La expresión “*acuerdo por escrito*” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

² REDFERN, ALAN Y HUNTER, MARTIN, *Law and Practice of International Arbitration*, Londres: Thompson, 2004, pp. 6-7.

probablemente el problema más acuciante tal vez no sea su desactualización, sino la falta de uniformidad en su interpretación por los tribunales de los estados parte de la Convención de Nueva York, tal como desarrollaremos seguidamente.

2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO II (2) POR LOS TRIBUNALES JUDICIALES

2.1. Interpretación del requisito de firmas o intercambio de documentos

En un número de casos, los jueces de los Estados parte de la Convención de Nueva York han preferido una interpretación formal y estricta del Artículo.

Entre otros ejemplos, las cortes noruegas resolvieron que un contrato concluido en un intercambio de e-mails

con referencia a una póliza GENCON no constituye un acuerdo arbitral por escrito³. La Suprema Corte de Italia concluyó que no es necesario que una cláusula arbitral sea aprobada separadamente del contrato, pero que el acuerdo de todas formas es inválido cuando la cláusula arbitral está contenida en la oferta firmada por un vendedor extranjero, y el documento bajo el cual el comprador aceptó la oferta no la reproduce⁴.

En similar sentido, existen casos de rechazo de la ejecución de un laudo extranjero cuando sólo una de las partes cumplió con el requisito de forma escrita: La Corte Suprema de Italia resolvió que un contrato de venta y una carta de porte enviada por una parte y aceptada oralmente por la otra no satisface el requisito de forma del artículo II (2)⁵; ni tampoco un acuerdo celebrado por un intercambio de télexes, en el que un télex posterior al acuerdo y estableciendo términos adicionales (incluyendo la cláusula arbitral) no fue respondido por la otra parte⁶.

³ Corte de Apelaciones de Halogaland, Noruega, 16 de agosto de 1999, Stockholm Arbitration Report, (1999), Vol 2, p. 121. Ver también: North American Soccer League Marketing, Inc. vs. Admiral International Marketing and Trading BV y Frisol Eurosport BV, 18/08/1982, Corte de Primera Instancia de Dordrecht, Yearbook Commercial Arbitration X (1985), p. 490; Delta Cereales España SL v. Barredo Hermanos SA, 06/10/1998, Corte Suprema, Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 854; Richard Bothell and Justin Bothell, d/b/a Atlas Technologies and Atlas Bimetals Labs Inc. vs. Hitachi Zosen Corp y otros, 19/05/2000, Corte de Distrito para el Distrito Oeste de Washington, 97 F Supp 2d 1048.

⁴ Italia, Corte Suprema de Italia, Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH vs. Bristol Myers Squibb, 10 de marzo de 2000, Yearbook of Commercial Arbitration XXVI p. 816.

⁵ Italia, Corte Suprema de Italia, Universal Peace Shipping Enterprises vs. Montedipe SpA, 28 de marzo de 1991, Yearbook of Commercial Arbitration XXVII p. 800, en igual sentido, Austria, Corte Suprema de Austria, 7 de noviembre de 1979, OGH 7.11.1979, 3 Ob 144/79, SZ 52/160, citado por UNCITRAL, Grupo de Trabajo II (Arbitraje), Settlement of Commercial Disputes – Preparation of uniform provisions on written form for arbitration agreements – Article II(2) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), p. 8, A/CN.9/WG.II/WP.139.

⁶ Italia, Corte Suprema de Italia, Marc Rich & Co AG v. Societa Italiana Impianti SpA, 25 de enero de 1991, Yearbook of Commercial Arbitration XVII, p. 554.

Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras. Artículo II (2):

En esta misma línea, recientemente la Cámara de Apelaciones Civil y Comercial que contenía una cláusula arbitral, pero luego una de las partes cambió el buque mediante el envío de un nuevo contrato, que fue aceptado oralmente⁷.

2. La expresión “*acuerdo por escrito*” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

REDFERN, ALAN Y HUNTER, MARTIN, *Op. cit.*, pp. 6-7.

Corte de Apelaciones de Halogaland, Noruega, 16 de agosto de 1999, Stockholm Arbitration Report, (1999). Vol 2, p. 121. Ver también: North American Soccer League Marketing, Inc. vs. Admiral International Marketing and Trading BV y Frisol Eurosport BV, 18/08/1982, Corte de Primera Instancia de Dordrecht, Yearbook Commercial Arbitration X (1985), p. 490; Delta Cereales España SL v. Barredo Hermanos SA, 06/10/1998, Corte Suprema, Yearbook Commercial Arbitration XXVI (2001), p. 854; Richard Bothell and Justin Bothell, d/b/a Atlas Technologies and Atlas Bimetals Labs Inc. vs. Hitachi Zosen Corp y otros, 19/05/2000, Corte de Distrito para el Distrito Oeste de Washington, 97 F Supp 2d 1048.

Italia, Corte Suprema de Italia, Krauss Maffei Verfahrenstechnik GmbH vs. Bristol Myers Squibb, 10 de marzo de 2000, Yearbook of Commercial Arbitration XXVI p. 816.

Italia, Corte Suprema de Italia, Universal Peace Shipping Enterprises vs. Montedipe SpA, 28 de marzo de 1991, Yearbook of Commercial Arbitration XXVII p. 800, en igual sentido, Austria, Corte Suprema de Austria, 7 de noviembre de 1979, OGH 7.11.1979, 3 Ob 144/79, SZ 52/160, citado por UNCITRAL, Grupo de Trabajo II (Arbitraje), Settlement of Commercial Disputes –Preparation of uniform provisions on written form for arbitration agreements– Article II(2) of the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York, 1958), p. 8, A/CN.9/WG.II/WP.139.

Italia, Corte Suprema de Italia, Marc Rich & Co AG v. Societa

⁷ Argentina, Cámara Nacional de Apelaciones Civil y Comercial Federal, Sala 2ª, Armada Holland B.V. Schiedman Denmark vs. Inter Fruit, 07/05/2007, Lexis N° 70038668. A través de télex, la partes celebraron un contrato de fletamento marítimo, firmando un contrato modelo, para el transporte de fruta en el barco “Ice sea” desde un puerto argentino hasta Rusia. El contrato contenía una cláusula arbitral, que establecía que cualquier disputa que surgiera del contrato de fletamento sería resuelta mediante un arbitraje con sede en Londres.

Luego, también por télex, Armada Holland informó a Inter Fruit que el transporte de la mercadería lo realizaría el buque “MV Ice Fern” o sustituto. Inter Fruit alegó que la negociación de esta última modificación al contrato se realizó telefónicamente entre los representantes de las partes. Finalmente el transporte de la mercadería lo realizó el buque “Pearl Reefer”.

Una disputa surgió entre las partes, y Armada Holland inició un arbitraje en Londres, siguiendo lo dispuesto por la cláusula 19 del contrato de fletamento. La disputa fue resuelta por un solo árbitro a favor de Armada Holland. Cuando Armada Holland intentó ejecutar el laudo en Argentina, Inter Fruit alegó que nunca se había concluido el contrato de fletamento que incluía la cláusula arbitral, pues el transporte de mercadería se llevó a cabo en otro buque.

El juez de primera instancia rechazó la ejecución del laudo, porque entendió que el contrato de fletamento que incluía la cláusula arbitral y nominaba al buque “Ice sea” para transportar la mercadería, celebrado por intercambio de télex, nunca se había concluido, por lo que la cláusula arbitral en él inserta era inaplicable.

ARMADA HOLLAND apeló el fallo de primera instancia arguyendo que el juez se había extralimitado en sus poderes. Pues, en lugar de analizar los requisitos del convenio arbitral según la Convención de Nueva York había decidido acerca del contrato principal.

A su turno, la Cámara de Apelaciones rechazó el fundamento arguido por Armada Holland, y sostuvo que el único acuerdo por escrito suscrito por las partes para someter sus disputas a arbitraje, se refería al buque “Ice Sea”. En este sentido, la Cámara de Apelaciones entendió que lo pactado en el contrato de fletamento por el buque “Ice Sea” no puede hacerse extensivo a otro contrato de fletamento con otro buque, aunque los sujetos y el objeto de ambos contratos fueran idénticos, y rechazó la ejecución del laudo.

Por otra parte, en el caso *Comandate Marine Corp vs. Pan Australia Shipping Pty*, la Corte Federal de Australia estableció que una cláusula arbitral puede estar válidamente contenida en un intercambio de cartas o telegramas, incluso cuando la formación del contrato sustancial haya tenido lugar de alguna otra forma, y una vez que el contrato entra en vigencia, la cláusula se torna vinculante. En las palabras de la Corte:

“El Artículo II no dice que el único acuerdo al que se refiere es aquel formado o concluido por el acto de firma o por el despacho o recibo de una carta o telegrama. Lo que se requiere es que haya más que una declaración unilateral por escrito de la cláusula o compromiso arbitral”⁸.

En los Estados Unidos, las interpretaciones del artículo II (2) por las cortes estatales tampoco es uniforme. Distintas cortes resolvieron que el requisito de firma o intercambio de documento aplica únicamente a un compromiso arbitral, pero no a una cláusula arbitral incluida en un contrato⁹; aunque la evolución de esta jurisprudencia sugiere la prevalencia de una interpretación más restrictiva¹⁰.

Finalmente, respecto de la extensión del término “cartas o telegramas” a nuevos medios de comunicación, existen diversos precedentes que consideraron válida la celebración de contratos mediante télex o fax¹¹. Asimismo, cortes de distintos países han interpretado que el artículo II (2) no podría estar dirigido a excluir

⁸ Australia, *Comandate Marine Corp vs. Pan Australia Shipping Pty Ltd* [2006] FCAFC 192, Paragraph 151.

⁹ Ver, por ejemplo, Estados Unidos, Corte de Apelaciones del Quinto Distrito, *Sphere Drake Insurance Plc. vs. Marine Towing Inc.*, 23 de marzo de 1994, *Yearbook of Commercial Arbitration* XX, p. 937.

¹⁰ Estados Unidos, Corte de Apelaciones del Segundo Distrito, *Kahn Lucas Lancaster, Inc. v. Lark International Ltd*, 29 de julio de 1999 (186 F 3d 210): La Corte estableció que, independientemente que el acuerdo fuera un compromiso arbitral separado o una cláusula incluida en un contrato, debía cumplirse con el requisito de “acuerdo por escrito” bajo el art. II(2). Esta decisión fue seguida por la Corte de Distrito de Connecticut, *Coutinho Caro & Co USA Inc v. Marcus Trading Inc.*, 14 de marzo de 2000; .Corte de Distrito para el Distrito Sur de California, *Chloe Z Fishing Co., Inc v. Odyssey Re (London) Ltd*, 29 de abril de 2000, 109 F Supp 2d 1236; Corte de Distrito para el Distrito Oeste de Washington, *Bothell and Bothell v. Hitachi Rosen Corporation*, 19 de mayo de 2000, (97 F Supp 2d 1048).

¹¹ Reino Unido, Tribunal de Apelación, *Zambia Steel & Building Supplies Ltd. v. James Clark & Eaton Ltd*, 16 de mayo de 1986 ((1986 2 Lloyd's Rep. 225): el Tribunal falló que cualquier prueba que demuestre que la parte ha consentido el de arbitraje, contenida en un documento o documentos basta para que el documento o documentos se consideren un acuerdo de arbitraje por escrito. En el mismo sentido: *Queen's Bench Division of the Commercial Court, Abdullah M Fahem and Co (Yemen) v. Mareb Yemen Insurance Co and Tomen (UK) Ltd* (1997) (*Yearbook Commercial Arbitration* XXIII (1998) p. 789): el Tribunal afirmó que si un acuerdo de arbitraje estaba incorporado en un documento y si se demostraba que las partes estaban vinculadas por un contrato que incluía el contenido de ese documento, no se necesitaba más pruebas de la existencia del acuerdo de arbitraje. Ver también: Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, *Oriental Commercial and Shipping*.

otros medios de comunicación escritos regularmente utilizados en el comercio¹²; que para el cumplimiento de la forma escrita es suficiente que el acuerdo esté contenido en un documento que permita la prueba escrita y la confirmación de la intención común de las partes¹³; y que los escritos no firmados juegan un papel cada vez más importante en el comercio internacional y que, en ciertos casos, las conductas específicas pueden, por el principio de la buena fe, sustituir el requisito de forma¹⁴. Sin embargo, como se ha reseñado más arriba, en al menos un precedente se ha considerado que un intercambio de e-mails no satisface los requisitos de forma del “acuerdo por escrito”¹⁵.

2.2. Aplicación de los principios de la buena fe y los actos propios

Otra pregunta a tener en cuenta es si el requisito de “acuerdo por escrito” puede ser dispensado en virtud del principio de la buena fe o de la doctrina de los actos propios (*estoppel*). Existen numerosos precedentes que establecen una respuesta afirmativa. Por ejemplo, en Estados Unidos, la Corte de Apelaciones del Séptimo Distrito resolvió en 2001 que una parte que participó de un arbitraje no puede oponerse a su ejecución bajo la Convención de Nueva York, alegando falta de acuerdo por escrito¹⁶. La Corte entendió que el sistema judicial no podía permitir que alguien se someta a arbitraje voluntariamente y luego intente

Co Ltd (Arabia Saudita) y Oriental Commercial and Shipping Co (UK) Ltd (Reino Unido) v. Rosseel N.V. (Bélgica), 4 de marzo de 1985, (609 F Supp 75); Francia, Tribunal de Apelación, París, Bomar Oil NV v. ETAP, 20 de enero de 1987, (1987, rev. arb. 482); Suiza, Tribunal Federal, G.S.A. v. T. Ltd, 12 de enero de 1989, (Yearbook Commercial Arbitration XV (1990)); Italia, Tribunal de Savona, Dimitros Varverakis v. Companis de Navigacion Artico SA, 26 de marzo de 1981, (Yearbook Commercial Arbitration, X (1985)); Austria, Tribunal Supremo, 2 de mayo de 1972, (Yearbook Commercial Arbitration X (1985)); Suiza, Tribunal Supremo Federal, Tracomin SA v. Sudan Oil Seeds Co, 1987, [Yearbook Commercial Arbitration XII (1987)].

¹² Estados Unidos, Tribunal de Apelación del Segundo Circuito, Titan Inc v. Guangzhou Zhen Hua Shipping Co Ltd, 15 de febrero de 2001 (241 F 3d 135); Alemania, Tribunal Superior de Land (OLG), Hamburgo, 30 de julio de 1998 (Yearbook Commercial Arbitration XXV (2000), p. 714): el tribunal señaló que, a la vista de los avances tecnológicos, el télex y el fax, lo mismo que los telegramas, tenían que ser considerados cartas según los términos del artículo II 2); Suiza, Tribunal Supremo Federal, Tracomin S.A. (Suiza) v. Sudan Oil Seeds Co Ltd (Reino Unido), 5 de noviembre de 1985 (Yearbook Commercial Arbitration XII (1987), p. 511): el Tribunal Supremo decidió que los télex y las cartas aceptando resolver las controversias mediante arbitraje, y el nombramiento de un árbitro mediante un télex, cumplían los requisitos de forma del artículo II 2).

¹³ Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de California, Chloe Z Fishing Co Inc et al v. Odyssey Re (London) Ltd (2000) (109 F Supp 2d 1236).

¹⁴ Suiza, Tribunal de Apelación de Basilea, DIETF Ltd v. RF AG (1994).

¹⁵ *Supra* nota 4.

¹⁶ Mary D. Slaney vs. International Amateur Athletic Federation, 27/03/2001, Corte de Apelaciones del Séptimo Distrito de los Estados Unidos, *Yearbook Commercial Arbitration Volumen XXVI* (Kluwer Law International 2001) pp. 1091-1102.

evadir el cumplimiento de un laudo adverso, usando una excusa de forma. En palabras de la Corte de Apelaciones: “Nuestro sistema judicial no fue creado para dar segundas oportunidades a quienes han sometido sus disputas a otras jurisdicciones y obtuvieron resultados adversos”¹⁷.

En Canadá, una corte de Manitoba, interpretó que la expresión acuerdo por escrito no es exhaustiva. Aunque siempre es necesario presentar documentación escrita como prueba del acuerdo arbitral ante el Juez de la ejecución, un acuerdo arbitral escrito y firmado por las partes no es la única manera. De manera similar a la Corte Federal de Australia en *Comandate*, la corte de Manitoba enfatizó que lo importante es que exista registro escrito de la voluntad de las partes de someter su disputa a arbitraje, y expresó que es una manera pragmática y funcional de interpretar el requisito de acuerdo por escrito, lo que sirve a la intención de los redactores de la Convención de hacer efectivas la sentencias arbitrales extranjeras en la era de la globalización¹⁸. En el mismo sentido han fallado tribunales de Hong Kong y Grecia¹⁹.

Sin embargo, existe al menos un caso en el que se resolvió que el requisito de forma del art. II (2) debe ser mantenido aún cuando ello resultase contrario a la buena fe²⁰.

3. CONCLUSIONES

En el comercio internacional existen numerosos contratos válidamente celebrados que corren el riesgo de incluir una cláusula arbitral de dudosa eficacia. Ante las obvias dificultades de enmendar un convenio multilateral exitoso como la Convención de Nueva York de 1958, las propuestas para resolver estas situaciones han sido diversas. El Grupo de Trabajo II de UNCITRAL (Arbitraje) ha encaminado sus esfuerzos hacia una declaración interpretativa del artículo II (2); y a través de su revisión de 2006 de su Ley Modelo de Arbitraje Comercial, UNCITRAL ha propiciado la flexibilización de los requisitos de forma en las legislaciones domésticas.

Ejemplos de este último punto son el artículo 13 de la Ley Peruana de Arbitraje de 2008²¹, y el proceso australiano de reforma a su ley de arbitraje

¹⁷ Traducción libre del idioma inglés. “*Our judicial System is not meant to provide a second bite at the Apple for those who have sought adjudication of their disputes in other forums and are not content with the resolution they have received*”.

¹⁸ Canadá, Manitoba Court of Queen’s Bench, Leon Schellemborg vs. Sheldon Proctor, 2002 MBCA170, 2002.

¹⁹ Hong Kong, Corte Suprema, China Nanhai Oil Joint Service Corporation Shenzhen Branch (RP China) v. Gee Tai Holdings Co Ltd, 13 de julio de 1994, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 671); Grecia, Tribunal de Apelación de Atenas, Greek Company v. FR German Company, Decisión N° 4458, (1984) (Yearbook Commercial Arbitration XIV (1989), p. 638).

²⁰ Italia, Tribunal Supremo, Robobar Limited (Reino Unido) v. Finncold sas (Italia), 28 de octubre de 1993, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995), p. 739).

²¹ Decreto Legislativo N° 1071, vigente a partir del 1 de septiembre de 2008.

internacional²². No obstante, no son pocos los casos de tribunales judiciales que han establecido que los requisitos de forma del artículo II (2) prevalecen ante disposiciones más favorables de la ley doméstica²³.

El Artículo II (2) de la Convención de Nueva York es ahora un problema.

Mientras promovemos este proceso de cambio, esta norma nos obliga a estar atentos para evitar sus efectos indeseables, situándonos ante uno de los desafíos más apasionantes de nuestra práctica: Ver más allá de lo que se nos muestra como evidente para componer una solución.

²² Ver respuesta a la pregunta A de las recomendaciones de Abogados Latinoamericanos, la ACICA y la ICC Australia, para la reforma de Ley australiana de arbitraje Internacional, resultado de la consultas hechas por el Gobierno de Australia. Disponible en: http://www.ag.gov.au/www/agd/agd.nsf/Page/Consultationsreformsandreviews_ReviewofInternationalArbitrationAct1974

²³ Suiza, Tribunal Supremo, Insurance Company v. Reinsurance Company, 21 de marzo de 1995 (Yearbook Commercial Arbitration XXII (1997), p. 800); Francia, Tribunal Supremo, Société Britannia v. Société Jezequel et Maury, 15 de julio de 1987, (Rev arb. 1990, p. 627); Francia, Tribunal de Apelación, París, Société Abilio Rodríguez v. Société Vigelor (1990) (Rev. arb. 1990, p. 691); Estados Unidos, Tribunal del Distrito Este de Nueva York, Astor Chocolate Corporation v. Mikroverk Ltd (1989) (704 F Supp 30 (EDNY)); Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de California, Overseas Cosmos Inc. v. NR Vessel Corp (1997) 97 Civ 5898 citando Genesco (1987); Francia, Tribunal Supremo, Bomar Oil N.V. (Antillas Neerlandesas) v. Entreprise Tunisienne d'Activités Pétrolières ETAP (Túnez), 9 de noviembre de 1993, (Yearbook Commercial Arbitration XX (1995) p. 660); Estados Unidos, Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, Filanto SpA v. Chilewich International Corp., 14 de abril de 1992, (789 F Supp 1229, Yearbook Commercial Arbitration XVIII (1993), p. 530); Estados Unidos, Tribunal de Apelación, Segundo Circuito, Square v. Bombay, 23 de agosto de 1999; Hong Kong, Tribunal Superior, Jiangxi Provincial Metal and Minerals Import and Export Corp v. Sulanser Company Ltd, 6 de abril de 1995, (Yearbook Commercial Arbitration XXI (1996), p. 546): el tribunal falló que la definición de acuerdo por escrito que establece el artículo II.

EL ACUERDO ARBITRAL Y LA PARADOJA ARGENTINA

OSVALDO J. MARZORATI (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 1.1. *Antecedentes.* 1.2. *La cláusula compromisoria y el compromiso arbitral.* 2. *La cuestión de la autonomía del convenio arbitral.* 2.1. *La autonomía y la cuestión de la arbitrabilidad.* 2.2. *El arbitraje y la cuestión de la competencia-competencia.* 3. *La cuestión de la autonomía y el orden público.* 4. *El acuerdo arbitral y el derecho argentino.* 4.1. *La declaración de inconstitucionalidad y el tribunal arbitral.* 4.2. *La extensión del control arbitral sobre el arbitraje en la jurisprudencia argentina.* 5. *Conclusión.*

1. INTRODUCCIÓN

El acuerdo arbitral a nuestro juicio constituye la piedra basal del arbitraje, porque no sólo implica la facultad de las partes de resolver diferencias por un método de solución privada de controversias basado en el consentimiento de ambas, sino que también permite soslayar, excluyéndola, la competencia normal de

los jueces de una jurisdicción para conocer y resolver las diferencias entre las partes de una controversia¹. Esta afirmación no desconoce que la existencia del arbitraje tiene fundamento en una disposición legal que permite a las partes recurrir a un método de solución de controversias paralelo a la justicia, del que es ejemplo la legislación colombiana, en cuanto transitoriamente otorga para un caso determinado, y hasta su conclusión, a un tribunal privado el *iuris*

(*) Socio Senior de Allende & Brea, Buenos Aires, Argentina.

¹ El acuerdo arbitral ha sido llamado también el palo mayor de la nave que constituye el arbitraje por un autor uruguayo. SANTOS BALANDRO, Rubén. "La formalidad del acuerdo arbitral en los derechos latinoamericanos". En: *Rev. Vasca de Arbitraje* N° 3, XV, sep. 2003. *Rev. mexicana de derecho internacional privado* N° 15, abril 2004, p. 81.

Asimismo, un conocido autor alemán del Jan KLEINHEISTERKAMPF, señala que el alcance de la jurisdicción arbitral sólo puede determinarse sobre la base del acuerdo arbitral y, por ende, ésta es la *fuerza fundamental* de la jurisdicción arbitral. *International Commercial Arbitration in Latin America*. Océana, 2005, p. 226.

dictio, por lo que su legitimidad es derivada para el caso y nunca originaria, pero aun así, ratifica que la institución del arbitraje tanto público como privado reconoce una añeja tradición jurídica que para nuestro sistema de derecho civil se remonta al Derecho Romano, como analizaremos brevemente en el capítulo siguiente.

Sin embargo, la circunstancia de que reconozca un origen legal (se trate de un edicto del Pretor Romano, o una Constitución del emperador Justiniano, o su legislación en las Leyes de Partidas, o el dictado de leyes especiales nacionales sobre arbitraje o su previsión en contratos internacionales, como lo son los Tratados) no desmerecen que en todo tiempo los Estados, los Imperios o las Repúblicas entendieron que el arbitraje como medio privado de solución de conflictos o controversias era una herramienta eficaz para afianzar el valor Justicia en primer término, para superar problemas del propio sistema judicial y en tercer término comprendieron que ese sistema sólo podía funcionar sobre la base de su aceptación por medio del consenso de los futuros litigantes, motivo por el cual, se sustrajo el poder de decir justicia, la *iuris dictio* de los tribunales estatales, reservándose sólo una función coadyuvante y auxiliar: el *imperium* para hacer cumplir los laudos arbitrales que son su consecuencia y el control del laudo para asegurar un proceso sin fallas, que luego facilitase su ejecución.

En este trabajo deseo sentar que esa misma necesidad ha sufrido a lo largo del tiempo vicisitudes y múltiples obstáculos originadas en ideologías que aun admitiendo la validez de la técnica arbitral han pretendido descalificarla apelando a múltiples posturas. En esas tesituras se ha advertido: la resistencia de los propios Estados para someterse a las reglas de la justicia privada tanto en la aplicación del derecho interno como del internacional, la resistencia larvada de muchos tribunales en reconocer la validez de laudos apelando a una desmesurada apreciación de las causales del control judicial de los mismos, o apoyándose en limitaciones técnicas sobre la autonomía del acuerdo arbitral, o negando que los árbitros sean los jueces de su propia competencia, o que puedan conocer y juzgar sobre normas de orden público, o declarar la constitucionalidad de las leyes, o desconocer la aplicación de tratados internacionales, o simplemente retaceando el apoyo de los jueces al arbitraje sobre la simple proposición de que “los jueces son avaros de su jurisdicción”; un sentimiento, si se me permite la observación, sumamente difundido, aunque no exteriorizado por la magistratura, compartidos por otros colegas latinoamericanos². Esta actitud genera la interferencia judicial en el proceso arbitral, antes y durante el proceso, y en el control de nulidad del laudo.

² LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo. “Interferencia judicial en los arbitrajes”. En: *Revista Peruana de Arbitraje* N° 1, p. 267 y ss.: “Las justicias estatales, diseñadas y concebidas con carácter esencialmente limitado a su territorio termina, como todo en la vida, defendiendo lo suyo, es decir sus fueros y competencias locales, padecimiento contra el que el arbitraje nació inmunizado, pues tiene el don de la ubicuidad y carece de asiento fijo y si el refrán dice “van las leyes do quieren leyes”, en el arbitraje va do quieren partes o árbitros.

Por otra parte, los abogados parecieran haber descubierto una veta jurídica nueva, para la cual no estaban demasiado preparados, ya que los programas de derecho no le prestaban mayor atención durante buena parte del siglo xx, en donde la institución arbitral, como tal, sólo se la conocía como una institución procesal más, legislada escuetamente entre juicios periciales y otras medidas especiales en los códigos procesales latinoamericanos, o por su repercusión y uso en derecho internacional público. El acto de desempolvar al arbitraje del “salón en el ángulo oscuro”, ha motivado un creciente y exuberante interés por esta Institución, promovido su discusión en toda clase de foros nacionales e internacionales y generado una corriente de pensamiento que curiosamente en el afán de perfeccionarlo, han creado las condiciones que despojan al arbitraje de las virtudes que lo hacen diferente del proceso judicial: más lento, más costoso, y menos flexible; sea generando nuevas regulaciones o propiciando normas sobre la conducción del proceso arbitral, regulando casuísticamente las causales de recusación o la forma de tomar la prueba; medidas que tienden a parecerse al proceso judicial o a lo que se denomina una judicialización del arbitraje, con lo que las encendidas virtudes que se pregonan sobre la rapidez, flexibilidad y economicidad del arbitraje parecen perderse en la práctica; y así lo testimonian los procesos de los arbitrajes de inversión y de algunos arbitrajes comerciales que tardan años en ventilarse y que son objeto de toda clase de demoras por las partes, usando mañas adquiridas y perfeccionadas durante siglos en los procesos judiciales,

generan importantes costos para las partes equivalentes a las que se incurren en litigios judiciales y finalmente y para colmo arrojan dudas sobre la transparencia de los procedimientos arbitrales y las incompatibilidades de los árbitros. Este proceso denominado “judicialización” del arbitraje es sólo de formas, el proceso se rigidiza por la participación de las partes en detrimento de la rapidez del arbitraje.

En este contexto, la paradoja de la República Argentina es que mientras la doctrina en nuestros días está conteste en sostener al arbitraje como un medio eficaz y alternativo de solución de controversias, la jurisprudencia o el mismo Estado ha contribuido a través de sus pronunciamientos judiciales y políticos a demeritarlo creando para el profesor de derecho, que debe enseñar el arbitraje, como método de solución de conflictos, un arbitraje posible y razonable pero, al mismo tiempo, la obligación académica de explicar basado en la realidad de la jurisprudencia un arbitraje distinto, impredecible por momentos y en donde el límite es la imaginación. Los capítulos que siguen desarrollarán con ejemplos esa dicotomía conceptual de la que, ciertamente, es difícil sentirse complacido, pero de la que es necesario dejar testimonio.

1.1. Antecedentes

El derecho romano tuvo una constante evolución del arbitraje. En su primera etapa, sólo reconoció este derecho para los “cives”, es decir, para sus ciudadanos. El resto eran *alieni juris* y no tenían derechos ni acciones para

defenderlos. Dentro de los “cives”, sólo los *sui iuris* tenían acciones y éstas le permitían comparecer y defender sus casos enfrente de los magistrados. Esas acciones estaban cargadas de fórmulas sacramentales.

La conquista de la península itálica y sus pueblos por Roma generaron la necesidad de reconocerle derechos a pueblos con culturas dispares como lo he sostenido en otra obra³, mediante la creación del Pretor, que luego fue artífice al contar con el *imperium* para decidir las cuestiones jurídicas o controversias entre los romanos y demás pueblos itálicos y luego extranjeros, pero residentes en Roma o en alguna parte donde llegaba la jurisdicción de Roma.

Es en la época del Pretor cuando el procedimiento se había comenzado a independizar de las acciones sacramentales, en que comienza a tomar forma el arbitraje que no era vinculante como un procedimiento no tipificado, como las acciones civiles, que debían obedecer a un procedimiento formulario por lo que resultaba necesario asegurar su cumplimiento con un *stipulatio*, es decir una multa, si una de las partes se negaba a arbitrar o no cumplía la sentencia ya que el procedimiento romano no contemplaba ninguna acción específica para llevar adelante un proceso de justicia privada,

que concluía con una sentencia que no era vinculante, ni causaba cosa juzgada ni tenía un procedimiento pautado y que se desarrollaba procesalmente hasta el laudo, sin intervención del Pretor que sí tenía la *potestas*, es decir el poder de obligar al administrado a cumplir una sentencia ya que concentraba a través de su *imperium* el poder del Estado Romano para hacer cumplir las decisiones justiciables⁴.

La autora a la que me referí en la cita anterior puntualiza que el arbitraje compromisorio era el que estaba sostenido por un compromiso, que era esencial para que el pretor “procediera a obligar al árbitro a dictar sentencia”⁵. Curiosamente, el arbitraje legislado para el procedimiento federal en la República Argentina es anticuado y ha recogido esta característica del derecho romano al exigir que el *compromiso arbitral* debe contener bajo pena de nulidad la estipulación de una multa, como uno de los cuatro requisitos necesarios sobre el contenido del compromiso⁶⁻⁷.

En definitiva, el éxito del arbitraje está facilitado porque contra el formulismo del procedimiento civil del Derecho Romano, el Pretor podía resolver disputas comerciales atípicas surgidas de culturas diferentes. Por otra parte, es sabido que el Pretor no decidía en derecho estrictamente sino también en equidad, ya que debía resolver situaciones difíciles

³ MARZORATI, O. *Derecho de los negocios internacionales o derecho internacional de los negocios*. Buenos Aires: La Ley, 2005, E1418.

⁴ EMILSEN GONZÁLEZ DE CANCINO. *Arbitraje Romano en El Contrato de Arbitraje*. Univ. del Rosario. Impreso en Colombia. 2008.

⁵ *Op. cit.*, p. 31.

⁶ Art. 740º del Código de Procesos Civiles y Comerciales, inc. 4: “La estipulación de una multa que deberá pagar, a la otra parte, la que dejare de cumplir los actos indispensables para la realización del compromiso”.

⁷ *Op. cit.*, p. 34.

o ambiguas producto de transacciones no necesariamente conocidas. Justiniano, en el año 530 de nuestra era, por último, dio fuerza obligatoria al compromiso arbitral, sin necesidad de ninguna *stipulatio* como una categoría reconocida por el derecho. El Código Procesal argentino no ha tomado nota de la desaparición de la *stipulatio* hace cerca de 1500 años, sus autores confiaban tal vez más en el derecho romano de comienzo del imperio que el de la época de Justiniano. Con ese bagaje y respaldo el arbitraje siguió teniendo influencia importante en la época de las repúblicas italianas como medio idóneo de resolver los problemas de los mercaderes en las ferias. Los jueces de mercado fueron una institución medieval, clasificados por corporaciones. La construcción tenía sus árbitros así como otros gremios y sus decisiones eran rápidas y basadas en su conocimiento y especialización. Los abogados ciertamente no tenían un rol en los procesos arbitrales resueltos según el leal saber y entender.

Por otra parte, las Leyes de Partida contemplaban la institución del arbitraje contraponiéndola con la justicia del rey y denominándolo “justicia de partes” o “de albedrío”⁸.

1.2. La cláusula compromisoria y el compromiso arbitral

Un primer problema terminológico, que ha causado muchos problemas en

América Latina fue la diferencia entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral. Su distinción recogida en el Código de Procedimientos de la República Argentina⁹, aún hoy vigente, así como en el Código General del Proceso Uruguayo, es que la primera está basada en la cláusula que las partes consensuan en un contrato y en virtud de las cuales se obligan a referir sus diferencias de interpretación del contrato, tanto referentes a su celebración como a su ejecución a una instancia arbitral. La referencia puede ser muy escueta o muy detallada dependiendo de la sofisticación de los letrados intervinientes o de sus conocimientos en la materia. Poco importa, con esa cláusula, fruto del consentimiento de las partes, quedó manifestada su voluntad de referir el tema al arbitraje. Ese es el acuerdo arbitral. En cambio el compromiso arbitral es un término equívoco, ya que se refiere tanto al contrato separado por el cual, las partes deciden particularmente *ex post* la existencia de una controversia a resolver por uno o más árbitros conforme a cierto procedimiento, por lo que la diferencia con la cláusula compromisoria es la mayor formalidad que tiene el compromiso arbitral con la cláusula compromisoria contenida en un contrato pero también, como lo prevé el Código de Procedimientos¹⁰, el compromiso arbitral

⁸ Conf. LOHMAN LUCA DE TENA, Guillermo, señala que los árbitros eran de dos maneras: “Para que los oyan e los libren según derecho. La otra manera de los jueces arbitradore es para avenir e librar las contiendas en qual manera quisieren”. *Op. cit.*, p. 266.

⁹ “La sujeción a juicio arbitral podrá hacerse en el contrato o en acto posterior, esto es la cláusula compromisoria, pero el compromiso, art. 739°, deberá formalizarse por escritura pública o instrumento privado o acta ante el juez de la causa”. *Código de Procedimientos Argentino*, art. 736°.

¹⁰ Art. 740(2).

se refiere al convenio por el que las partes someten ciertas cuestiones que se someten al juicio arbitral, con expresión de sus circunstancias, al conocimiento y decisión del árbitro, pero según la opinión de un autor argentino, puede ser suplido por la contestación y demanda en el juicio arbitral¹¹. Este consentimiento se efectúa ante el Juez cuando le toca intervenir, por ejemplo, porque una parte se resiste a arbitrar, no designando un árbitro y de la misma manera que el pretor forzaba a las partes a arbitrar, el juez conmina a la parte contumaz a que designe árbitro bajo apercibimiento de designar a uno de oficio, en su defecto, una vez transcurrido el plazo otorgado, quien firmará el compromiso arbitral y en el caso de que no haya acuerdo sobre los puntos que ha de contener, el juez resolverá lo que corresponda (Art. 742º *in fine* del Código de Procedimientos).

En mi opinión, el acuerdo arbitral está contenido en la cláusula compromisoria, que es un contrato en sí mismo en los términos de nuestra legislación y el cumplimiento de sus requisitos de la misma manera que dos partes se ponen

de acuerdo en someter sus diferencias contractuales a un arbitraje administrado por la ICC. En una etapa posterior, las partes se deben poner de acuerdo sobre cuáles son los puntos en litigio y ese es el contenido del Acta de Misión o el sentido del compromiso arbitral o los términos de referencia o si se quiere los puntos a arbitrar, conforme lo pide la ley modelo de UNCITRAL, salvo en caso de arbitraje ad-hoc que, de regirse por el Código de Procedimientos, requerirá compromiso arbitral, según lo puntualiza otro autor nacional¹² con quien concuerdo. Por otra parte el acuerdo arbitral puede hacerse por separado pero simultáneamente con la firma del contrato, aunque éste no contenga cláusula compromisoria¹³.

Lo concreto es que el Código de Procedimiento Argentino requiere que la cláusula compromisoria sea complementada por el compromiso arbitral, que debe estipular una multa para la parte que no permita la conclusión del laudo, no otorgando fuerza obligatoria *per se* a la cláusula compromisoria al prever que las partes se obligan a otorgar un compromiso arbitral, del cual

¹¹ CAIVANO, Roque. *Arbitraje*. Buenos Aires: Editorial Ad Hoc, 1993, pp. 132 y ss., quien afirma: "Si bien la determinación de los puntos litigiosos fue pensada por el legislador, a través de un acuerdo escrito, no existe impedimento para que las partes, en el momento de someter a arbitraje sus futuros litigios, *convengan* que la "fórmula" con expresión de sus circunstancias, se hará sin ningún acuerdo expreso - compromiso arbitral, sino tácitamente a través de la demanda y reconvencción o de otra forma inequívoca en la que se exprese cuáles son los puntos litigiosos. Es claro, también, que si las partes no observaron los restantes requisitos, deberá otorgarse un convenio arbitral.

¹² RIVERA, Julio C. *Arbitraje Comercial*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, p. 97. Pero concuerdo en que la cláusula arbitral por sí sola permite fundar la excepción de incompetencia.

¹³ En contra SANTOS BELONDRÓ, Rubén. *Op. cit.*, que sostiene que la diferencia entre la cláusula compromisoria es aquella que se origina antes de originado el litigio mientras que el compromiso arbitral se firma luego de que el conflicto ha nacido, y que por ello la primera debería ser considerada como un pre compromiso con una sola obligación de hacer, la de redactar a posteriori con la controversia existente un compromiso arbitral.

surge la obligación concreta de arbitrar y obviamente en un procedimiento judicial para compeler al arbitraje se hará necesario otorgarlo, pero no si las partes firman un compromiso arbitral privadamente. Igual sucede en el Código General del Proceso en Uruguay donde la cláusula compromisoria debe otorgarse por escrito y el compromiso arbitral que la complementa elevarse a escritura pública o en acta judicial bajo pena de nulidad para poder ejecutar el llamado compromiso arbitral.

A nuestro juicio, luego de la convención de Nueva York resulta claro que ambos conceptos están asimilados y de ello no cabe duda en el orden internacional y no conozco caso alguno en que se haya pactado por separado un compromiso arbitral que sea atacado por no ser consecuencia de un cláusula compromisoria, con lo que la distinción procesal deviene irrelevante por abstracta, pero ha sido fuente de malentendidos¹⁴.

Por su parte, como señalamos, la Convención de Nueva York en materia de reconocimiento y ejecución de laudos

arbitrales, consciente de esta polémica doctrinaria, a la época de su sanción (1958) contempla un acuerdo por escrito y lo define como una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas¹⁵. Debe destacarse que el Acuerdo de Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR de 1998, también reconoce y exige un acuerdo escrito por telefax, correo electrónico o medio equivalente, confirmado por documento original y bajo la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o en un acuerdo independiente¹⁶ por escrito, por canje de documentos o correo electrónico confirmado en papel o, por último, para aventar nulidades torpes, se salva su validez si cumpliere con los requisitos formales de algunos de los Estados con el cual el contrato base tiene contactos objetivos, según los parámetros del art. 3b.

En realidad el tema de la legislación sobre arbitraje presenta disparidades en su tratamiento por parte de los países latinoamericanos¹⁷.

¹⁴ Así se sostiene por un comentarista argentino que el Acuerdo del Mercosur que usa la expresión convención arbitral para designar al Acuerdo arbitral, es un concepto distinto de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral que su rigen el en Código de Procedimientos Civiles y comerciales Argentino. ADET CADELARI, Fernando Luis. *Dos Aspectos Fundamentales del Acuerdo del Mercosur*, al que correctamente señala no constituye derecho originario del Mercosur, y que es dudosa la reserva del Brasil en su ratificación. No concuerdo con esa tesis por lo expresado anteriormente.

¹⁵ Convención de Nueva York de 1958, ratificada por la Argentina por ley N° 23.618/88, art. 2°. Ídem la C.i.d.IP 1 Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial que requiere acuerdo escrito o por canje de cartas, telegramas o comunicaciones por télex, ratificada por la Argentina por Ley No. 24.322.

¹⁶ Artículos 6 y 2e del Acuerdo del MERCOSUR de 1998. El Acuerdo entró en vigencia con la firma de dos de sus miembros, en su caso Brasil y Argentina. Con posterioridad fue ratificado por Uruguay que también lo hizo con el acuerdo con Bolivia y Chile. Paraguay se adhirió posteriormente.

¹⁷ México regula la institución en su Código de Comercio, Art 1423°, Bolivia, Ley 1770 (1997) y Honduras, Decreto N° 161-2000, tienen una ley o norma especial sobre conciliación y arbitraje. Ecuador legisló sobre arbitraje y mediación por una ley especial del 4 de septiembre de 1997, así como Paraguay-Ley 1879 del 2002, El Salvador, Dec. Legislativo N 914 del 2002

Por último, debe destacarse que la Ley Modelo de UNCITRAL, en su revisión de 2006 en su art. 7.2º, prevé que el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo¹⁸.

Resulta también pertinente recordar la recomendación de UNCITRAL aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas sobre los arts. 2º y VII 1 de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, recomendando que los párrafos que exigen la forma escrita y las circunstancias que describe no son exhaustivas.

La Asamblea recomienda que el art. 1º de la Convención precitada se aplique en forma que permita a las partes interesadas acogerse a los derechos que puedan corresponderles en virtud de

las leyes o tratados del país en donde se invoque el acuerdo de arbitraje y la ejecución de los laudos.

En cuanto al uso de medios electrónicos que reemplacen el consentimiento expresado en un documento, permitidos en definitiva en la legislación peruana expresamente o recomendados en la Unión Europea o utilizados en UNCITRAL, comparto la apreciación de la Dra. Cárdenas que ha hecho referencia en el trabajo indicado sobre la cautela en el uso de medios electrónicos por la existencia de numerosas legislaciones nacionales en los que aún hoy es dudoso su valor probatorio. En esa obra las autoras recuerdan la Directiva 31 de 2000 de la Unión Europea y el pronunciamiento de la ICC sobre *Policy Statement on Jurisdiction and Applicable Law in Electronic Commerce*, publicado el 6 de junio de 2001¹⁹. Por ello, en los arbitrajes que presido o cuyo tribunal integro he

y Panamá decreto ley N° 5 de 1999 legislaron sobre arbitraje, conciliación y mediación, pero Brasil, Ley 9307 de 1996, Chile, Ley 19.971 de 2004, Venezuela por ley de 1998, Guatemala por ley del 17 de noviembre de 1995 y Perú con la legislación mas moderna y de avanzada en la materia por decreto legislativo 1071 de 2008 tienen una ley especial sobre arbitraje interno e internacional, mientras que Colombia ha recogido en un decreto, el 1818 del 98 sobre arbitramento, diferentes mecanismos alternativos de solución de conflictos, así como Costa Rica que dictó una ley 7727 sobre resolución alterna de conflictos y promoción de paz social, y como hemos visto Argentina y Uruguay los mas atrasados en cuanto legislación no especifica lo mantienen inserto en sus Códigos de Procedimientos (Cód. Civil y Código General del Proceso). Todos ellos pueden ser bajados de Internet mediante Google y todos requieren que sea por escrito, pero permiten la mayoría, medios alternativos, destacándose Perú que permite la comunicación electrónica incluyendo el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, télex, hoy una antigüedad, y el telefax. También en el trabajo citado en Nota 19, pp. 8 y ss.

¹⁸ Para un detalle más completo ver MARZORATI, Osvaldo. "La contribución de UNCITRAL al desarrollo del Arbitraje". En: *El Arbitraje Comercial Internacional*. Buenos Aires: Ed. La Ley (en prensa) y para un comentario sobre la utilización del correo electrónico y nuevas tecnologías.

¹⁹ FELDSTEIN DE CÁRDENAS y SCOTTI, Luciana. *El Acuerdo Arbitral en el contexto del comercio electrónico*, en donde recuerda la Directiva 31 de 2000 de la Unión Europea y el pronunciamiento de la ICC sobre *Policy Statement on Jurisdiction and Applicable Law in Electronic Commerce*, publicado el 6 de junio de 2001. En: *El Dial*, com. P. 16 vta.

validado, con conformidad de partes, el uso electrónico para toda comunicación entre las partes con la exigencia del acuse expreso de recibo de todas ellas, con excepción de los laudos interlocutorios o finales, como medio de documentar e identificar adecuadamente las piezas procesales.

En este orden de ideas cabe señalar que la ley española 60 del 2003 valida el contrato arbitral por medio electrónico u óptico, en la medida que dicho convenio sea accesible para su ulterior consulta por soporte electrónico, óptico o de otro tipo.

En definitiva, a la fecha es dable afirmar que el compromiso arbitral puede hacerse por escrito, por intercambio de cartas, télex o telefax o por cualquier otro medio del que resulte inequívoca la voluntad de ambas partes de arbitrar una diferencia y puede encontrarse esa voluntad en un contrato o formularse por separado con independencia de ese contrato.

2. LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL

2.1. La autonomía y la cuestión de la arbitrabilidad

A diferencia de muchas de las legislaciones citadas, el Derecho

argentino aplicable, es decir en el orden interno, carece de una norma que declare la autonomía del arbitraje. La autonomía del acuerdo arbitral, que consiste en la independencia del convenio arbitral frente al convenio o contrato en el que se encuentra inserto o, si se quiere, su separabilidad como lo prevé el acuerdo del MERCOSUR, al establecer “que la convención arbitral es autónoma respecto del contrato base”.

Sin embargo, creemos como la mayoría de la doctrina que la inexistencia del compromiso arbitral o la invalidez del contrato no implica la nulidad de la cláusula compromisoria²⁰.

En nuestra opinión, ese vacío ha sido llenado en el arbitraje internacional por la Convención de Nueva York que claramente dice que el arbitraje se rige por la ley a la que las partes lo han sometido o, si nada se hubiere indicado, a la ley del país en que se haya dictado la sentencia. Por lo tanto, en la medida que la ratificación del Acuerdo del Mercosur por Argentina y Brasil lo hizo entrar en vigencia y al mismo tiempo creó una norma que posibilita aplicar internacionalmente, en ese ámbito, la autonomía del arbitraje puede válidamente sostenerse, por analogía, en ese ámbito y en cualquier otro como que refleja la posición internacional argentina en la materia, así como durante años, al suprimirse el art. 738° del Código de Comercio y no contener igual prescripción sobre la ley aplicable a los

²⁰ *Acuerdo del Mercosur del 2377/88 ratificado por la República Argentina. Ley 24.353. También: PARODI, Víctor G. El acuerdo arbitral: Ventajas y elementos. Una exigencia de la globalización. Lexis N° 003/013654, SJA 16/1/2008, donde cita jurisprudencia aplicable, y Nota de GRIGERA NAÓN, ver infra 23.*

actos cambiarios el Decreto/Ley 5339/63, se aplicaron por analogía lo preceptuado en los Tratados de Montevideo para suplir el vacío legal.

Admito, no obstante, que en el ámbito de la Convención de Nueva York o de Panamá se debe estar a la remisión de ley que las partes lo han sometido o la ley del lugar donde se ha dictado la sentencia, mientras que en el orden interno su vigencia reside –como veremos– en la jurisprudencia que ha acogido la existencia de la autonomía en el orden interno.

Una segunda mirada más provocativa sobre el alcance de la autonomía es aquella que sostiene que se está llegando a una concepción autónoma del arbitraje como un cuerpo cerrado de normas sin referencias o al menos en forma muy escasa a las jurisdicciones nacionales o los jueces nacionales, sólo para dar apoyo al arbitraje, basando esa afirmación en la existencia indudable de múltiples leyes especiales sobre arbitraje de las que América Latina no es excepción

salvo en el caso de México, la Argentina y el Uruguay, que lo mantienen en sus respectivos códigos.

Esa autonomía se manifiesta en centrar el planteo en la autonomía del arbitraje en sí mismo y no en la discusión de si la cláusula arbitral es separable del contrato base, y por lo tanto, la nulidad, aunque fuera absoluta de éste no impide ni hace caer la cláusula arbitral, salvo que ésta fuera nula. La autonomía de la regulación del arbitraje se manifiesta en dos aspectos: i) la existencia de leyes autónomas, ii) dotadas de un contenido exclusivo y excluyente²¹.

El trabajo y la inquietud del Dr. MANTILLA SERRANO son encomiables y se inscriben en la tendencia que he descrito relativa a la homogeneización de instrumentos internacionales en el orden contractual, materia que enseñó en la actualidad. De *lege lata* es una proposición fundada y viable, pero que aún no consigue afianzarse, aunque distinguidos autores como Bernardo CREMADES creen en un arbitraje transnacional²², porque

²¹ Conf. Arbitraje Internacional. Tensiones Actuales publicación del Comité Colombiano de Arbitraje ed. 2007 Legis Editores. Capítulo por MANTILLA SERRANO, Fernando. La autonomía del derecho del arbitraje internacional. Pág. 206 y sigs. El autor mantiene la posición que las disposiciones arbitrales deben aplicarse siempre teniendo en cuenta la especificidad del arbitraje y con un criterio de favor (o favorabilidad) para lograr la mayor eficacia del arbitraje, lo que resulta de la compulsa de las normas nacionales e internacionales la existencia de un mínimo común denominador de normas y principios fundamentales que impregnan toda regulación nacional e internacional que se concreta en textos someros dejando a los reglamentos y a la voluntad de las partes la responsabilidad de establecer disposiciones más detalladas, lo que permite afirmar que el arbitraje tiene vida propia independiente del sistema en el cual nace y de las decisiones judiciales cuya incidencia parecen limitarse al sistema en el cual han sido adoptadas.

²² CREMADES, Bernardo. "Cap. Arbitraje internacional". En: *L'Arbitrage en France et Amérique Latine à l'aube du XXI Siècle*. Institut Brésilienne de Droit Comparé. Arnold Wald Directeur, p. 95 y ss., donde señala: "El arbitraje internacional es la verdadera respuesta del Derecho a la globalización de la Economía". Las facultades incluyen programas más extensos y detallados y los Centros de Arbitraje florecen a lo largo y ancho de la geografía mundial. Las cláusulas arbitrales involucran al Estado y el arbitraje para la protección de las inversiones ha dado lugar a la gran industria del arbitraje. La participación de los Estados ha cambiado las reglas

todos los instrumentos que abonan por la autonomía del derecho de arbitraje en esta concepción amplia son exactos, pero no son idénticos. Muchas jurisdicciones nacionales no sostienen con esa amplitud la autonomía y mucho menos avalan que esa autonomía sea exclusiva y excluyente.

De lege ferenda, cuando a la autonomía se la limita por la referencia obligada a derechos nacionales que priman con soluciones a veces diversas, también se la niega como proposición científica. Ello es dable observar en temas tales como la capacidad de las partes para arbitrar que dependen de los derechos nacionales o en la arbitrabilidad de la materia que depende también de las normas nacionales a las que se debe recurrir por vía de remisión a esas jurisdicciones nacionales y que también se conoce como arbitrabilidad subjetiva u objetiva²³.

Pero además de la limitación de la arbitrabilidad, se encuentra y lo enfocaremos más adelante, la limitación debida al alcance o incidencia del orden público sea interno o internacional, temas que hoy siguen siendo materia de debate,

incluyendo la jurisdicción argentina. Esa limitación es doble: por un lado, que las cuestiones de orden público no son arbitrables y por el otro que un laudo puede ser inejecutable por violar el orden público de una jurisdicción nacional determinada. Cuando en estos temas se llegue a soluciones materiales comunes, se podrá hablar de *lege ferenda*, de una autonomía del arbitraje, como sostiene el autor colombiano mencionado que comentamos (ver nota 37).

Por ese motivo, creo que la autonomía del derecho del arbitraje internacional constituye una aspiración o asignatura pendiente que existe de *lege lata* pero no existe en la realidad a pesar de que no niego la existencia de una tendencia a su universalidad y homogeneización que requerirá para su concreción un orden político internacional diferente del que hoy conocemos.

En cuanto a la autonomía de la cláusula arbitral o del compromiso arbitral frente al contrato base con el que se relacionan, considero que esa autonomía ya no se discute más doctrinariamente²⁴ y existe múltiple jurisprudencia y legisla-

de confidencialidad. Señala que Lord Welbforce dice: "*once a trader always a trader*". Si el Estado se somete a arbitraje, no puede tener privilegios. Por otro lado, los Estados han sido críticos en el arbitraje de inversión de la evolución del arbitraje, intentando incluso revivir la doctrina Calvo, cuestionando el arbitraje internacional. Algunos países comienzan a hacer transitar el Arbitraje a la luz de la doctrina y jurisprudencia constitucional y ello ha generado una fuerte corriente en el mundo del arbitraje abogando por un orden jurídico transnacional diferente del orden público internacional, lo que ha levantado la polémica.

²³ Véase al respecto GRIGERA NAON, Horacio. *La autonomía del acuerdo arbitral*. La Ley 1989. D 1107, o RIVERA, Julio César. "El principio de autonomía del arbitraje. Claroscuros del derecho argentino". En: *Pub. Academia Nacional de Derecho*, Noviembre 2005.

²⁴ Ver FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN. *Traite de l'arbitrage international*. Ed. Litec, 1996, p. 395, que afirman que "La convención de arbitraje internacional se define como el contrato por el cual las partes se comprometen a transar sus litigios, nacidos o a nacer por árbitros y no por jurisdicciones estatales, expresado positivamente en la obligación de arbitrar privadamente y negativamente a la obligación de no acudir a la instancia judicial.

ción nacional e internacional que avala que la nulidad o anulación del contrato base no afecta a la cláusula compromisoria o al acuerdo arbitral, tal como está definido en la Convención de Nueva York, en la ley Modelo de UNCITRAL y en todas las legislaciones especiales que abrevan en aguas de dichas normas internacionales. Me remito a los excelentes trabajos de Julio RIVERA, Horacio GRIGERA NAON y al excelente trabajo de Juan Pablo CÁRDENAS MEJÍA²⁵, quien condensa su concepto afirmando que el principio de autonomía busca asegurar la eficacia del pacto arbitral, evitando que se vea perturbado por la invocación de la nulidad o inexistencia del contrato en relación con el cual surge el litigio; en materia de arbitraje internacional, busca evitar que

el arbitraje se vea afectado por reglas limitativas del arbitraje, particulares de legislaciones nacionales, a cuyo efecto recuerda el reglamento de arbitraje de la ICC y el Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL²⁶.

Cabe destacar que existe un precedente de la sala E en lo Comercial que mereció un comentario laudatorio de Antonio BOGGIANO, en virtud del cual, la Cámara sostuvo la autonomía de la cláusula arbitral incorporada a un contrato de compraventa internacional de mercaderías con entrega FOB puerto de Hamburgo, previendo la actuación de un tribunal de arbitraje de acuerdo con las normas de arbitraje de la Cámara de

²⁵ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral en el Contrato de Arbitraje*. Publicación de la Universidad del Rosario. Ed. Legis, 2008, pp. 79 y ss.

²⁶ Art. 4º, numeral 6 ICC. Salvo estipulación en contrario y siempre que se haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el Tribunal Arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. Conservando, aun así la competencia en caso de inexistencia o nulidad para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones o alegaciones.

Art. 21º, numeral 2 del Reglam. de UNCITRAL. La cláusula compromisoria que forme parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje de conformidad con este reglamento se *considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato*. La decisión del tribunal del que el contrato es nulo no entrañará ipso iure la invalidez de la cláusula compromisoria. Iguales o similares preceptos prevén los Reglamentos de la London Court of International Final Arbitration, LCIA y de la American Arbitration Association, el de la OMPI y el de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional. CIAC, si como muchas leyes especiales europeas y latinoamericanas, la jurisprudencia americana por vía de la Suprema Corte Prima Paint v Flood vs Conklin de 1967 y la jurisprudencia francesa, fallo Gosset de 1963. Separando el acuerdo arbitral del contrato que le dio origen lo cual excluye que pueda ser afectado por una eventual invalidez del acto. Fallo confirmado por la Corte de Casación en fallos del 4 y 9 de abril de 2002. También la ley de arbitraje inglesa de 1996. Debe destacarse que la Convención de Nueva York o la de Panamá no prevén el principio de autonomía-Naturalmente que el Código de Procedimientos Civiles argentino no lo prevé, pero como señala Rivera está aceptado en la jurisprudencia argentina en lo comercial en caso de rescisión anterior del contrato, optando por la validez de la cláusula y en sendas decisiones de la Corte Suprema que admitieron en caso de quiebra, no obstante el fuero de atracción de la quiebra, que el Tribunal Arbitral sigue entendiendo si estaba constituido antes de la declaración de quiebra y aun en caso de concurso preventivo, aunque la normativa concursal no lo prevé, ratificando un precedente anterior publicado en La Ley 1997 A 7, con nota de Roque Caivano, ensalzando el fallo. "Un nuevo respaldo de la Corte al Arbitraje".

Comercio Argentino-Alemana de Buenos Aires y la aplicación en ese supuesto del derecho argentino para laudar. Planteados los problemas surgidos en la entrega de la carga en Hamburgo, lo que motivaba la apertura de la jurisdicción alemana, por remisión a la ley del cumplimiento, la Cámara hizo valer la autonomía de la cláusula con base en que se aplicaban las normas de procedimiento del lugar de arbitraje que era Buenos Aires y en subsidio “obiter”, según este autor, se aplicó las jurisdicciones concurrentes en materia contractual que se abrirían según las normas argentinas de jurisdicción internacional²⁷.

La arbitrabilidad se diferencia entre arbitrabilidad subjetiva, en virtud de la cual ciertas personas no pueden someterse al arbitraje, tal como ocurre en Colombia para entidades estatales

y en otros Estados²⁸. En cambio, la arbitrabilidad objetiva o *ratione materiae*, se refiere a la facultad de los árbitros de decidir una diferencia en razón de la materia. En cuanto a la arbitrabilidad objetiva, todos los derechos nacionales consagran limitaciones a las materias que pueden arbitrarse pero los Estados difieren en el concepto de lo que puede ser arbitrable de acuerdo con sus políticas económicas y sociales, su orden público o su consideración sobre el arbitraje, que incluso varían en el tiempo. Así, cada Estado reserva temas sensitivos a su ordenamiento para los jueces, por lo que no puede formularse una regla, excepto que en general casi todo diferendo comercial o patrimonial puede ser diferido a la instancia arbitral. En nuestro país, toda cuestión que puede transarse es susceptible de ser arbitrada²⁹.

²⁷ BOGGIANO, Antonio. “Autonomía y eficacia de la cláusula arbitral para el derecho internacional de las privatizaciones”. Señalando que el pronunciamiento era un fuerte espaldarazo para el arbitraje internacional mencionado por O’Farrell, en la ley 1989-B, p. 476 y destacando su fundamento, que el arbitraje se rige por la ley del lugar en el que deba tener lugar. Contra GRIGERA NAON, op.cit. que llega a la misma solución pero por otros fundamentos apoyándose en las normas de distribución de competencias del art 5° del Cód. de Procedimientos en lo Civil y Comercial.

²⁸ Ver una descripción en el derecho comparado en el Cap. 1° de la obra *El contrato de arbitraje*, por CARDENAS MEJÍA, Juan Pablo, pp. 117 y ss., punto 3, *La práctica de la arbitrabilidad subjetiva en derecho comparado*.

²⁹ El art. 737° del Código de Procedimientos Civiles y Comerciales dispone: “No podrá comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no puedan ser objeto de transacción”, y el art. 738°: “Las personas que no pueden transigir no pueden comprometer en árbitros”. Es interesante que, tanto en Francia como en Estados Unidos, se ha ampliado la esfera de la arbitrabilidad objetiva por decisiones jurisprudenciales. Así, temas anti-trust o de defensa de la competencia, diferencias relativas a títulos valores. En Francia, se evolucionó desde una negativa a arbitrar cuestiones en que el orden público estuviera involucrado a su aceptación. En Alemania, se considera arbitrable a toda disputa que involucre intereses económicos. Un detalle de la evolución concreta de fallos que excede este trabajo puede consultarse en: HERRERA BERNAL, Ximena. “Arbitrabilidad objetiva”. En: *El arbitraje comercial internacional*. Buenos Aires: Ed. El Rosario, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, pp. 203 y ss. En Uruguay, el Dr. OLIVERA recuerda que el CGD dispone que toda contienda individual o colectiva podrá ser sometida a arbitraje salvo disposición legal en contrario, y no pueden someterse a arbitraje las cuestiones respecto de las cuales está prohibida la transacción. *Op. cit.*; p. 7.

Por otra parte, el tema de la arbitrabilidad objetiva está condicionado por una polémica sobre la incidencia del orden público interno o internacional de un país en su tratamiento; lo cual desarrollaremos más adelante.

Finalmente, comparto las apreciaciones de Julio C. RIVERA, en su trabajo e informe a la Academia de Derecho de la República Argentina sobre la consecuencia de la autonomía del contrato arbitral en cuanto se manifiesta que los tribunales deben abstenerse de intervenir cuando existe una cláusula arbitral. El citado autor señala que la labor judicial debe ceñirse a colaborar con el arbitraje supliendo la falta de *imperium*, en la ejecución de medidas compulsorias, adoptadas por los árbitros o limitando el control del arbitraje a la posible revisión del laudo arbitral a los recursos que puedan interponerse legítimamente, concluyendo que toda interferencia durante el proceso (debido a una anomalía de procedimiento) debe resolverse dentro del sistema mismo, evitando la justicia interferir durante su tramitación³⁰.

Oportunamente veremos que estas consecuencias doctrinarias no se han cumplido, existiendo diferentes pronunciamientos que dificultan el progreso del arbitraje en la República Argentina y que han impedido que los cuatro proyectos de legislación sobre una ley moderna arbitraje prosperasen terminando archivadas como lo señalo más adelante (nota 52 *infra*).

2.2. El arbitraje y la cuestión de la competencia-competencia

La segunda cuestión que se relaciona estrechamente con la autonomía del arbitraje. Es la llamada competencia competencia, tomada del *Kompetenz-Kompetenz* de la doctrina alemana, que simplemente dispone que el árbitro tiene facultades para decidir sobre su propia competencia. Este principio se encuentra consagrado por todas aquellas legislaciones que siguen la ley Modelo de UNCITRAL, previsto en el reglamento de la CIAC (comisión interamericana de arbitraje y en el reciente acuerdo del Mercosur).

Este es un principio procesal ya que se limita a consagrar quién es el que debe decidir sobre la competencia de un Tribunal Arbitral: la justicia o el propio tribunal, mientras que el principio de la autonomía se relaciona con la separabilidad de la cláusula compromisoria o acuerdo arbitral del convenio que prevé el acuerdo arbitral o que da lugar a la aplicación del acuerdo arbitral. Puede sostenerse la incompetencia del tribunal sin controvertir la autonomía del arbitraje. Empero, cuando se cuestiona la cláusula misma es el árbitro quien debe decidir sobre su validez.

En rigor, es la ley quien decide quién debe declarar la competencia de un tribunal. Un conocido principio procesal es que el mismo juez debe pronunciarse sobre su competencia antes de tomar

³⁰ Contra: 1990. Causa "Cía. Naviera Pérez Companc c. Ecofisa", CNCom., Sala B. Se dispuso la aplicación del art. 740 del Código Procesal argentino ante la falta de conformidad de partes sobre los temas a laudar, para viabilizar el control judicial del compromiso arbitral evitando futuras nulidades. Este es un caso de interferencia reglada, *ex ante del arbitraje*.

jurisdicción sobre cualquier asunto que se le presenta, lo mismo sucede con el árbitro y es lógico y parece razonable que, si se admite la existencia de la justicia privada elegida por las partes, sea el árbitro designado para conocer y decidir la controversia quien sea juez de su propia competencia. No obstante, el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales de la República Argentina guarda silencio sobre ese punto, lo que ha motivado sentencias contradictorias y una falta clara de pronunciamientos contundentes al respecto.

El pronunciamiento adverso de mayor jerarquía hasta la fecha es el caso Nidera, resuelto por la Corte Suprema Argentina el 10.11.1998, que determinó que producido un conflicto entre un Tribunal Arbitral, en el caso el Tribunal de la Bolsa de la Cámara de Cereales, y un tribunal judicial, que se atribuyó competencia en un caso de simulación sobre el documento que era objeto del arbitraje, determinó que corresponde a la Corte resolver el conflicto. Es decir que la Corte privilegió a la justicia y a ella misma como último resorte de la competencia entre tribunales judiciales para atribuirse igual facultad en un caso involucrando a un Tribunal Arbitral y un tribunal judicial, a pesar de que el compromiso arbitral disponía que toda cuestión que surja con motivo de la celebración, cumplimiento o incumplimiento, prórroga o rescisión del boleto de compraventa de cereales es competencia del Tribunal Arbitral, como

es lo habitual en los reglamentos de dichas organizaciones.

La Corte prescindió de esa cláusula y privilegio al tribunal judicial que se apoyaba en el art. 752º del Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial³¹ y suspendió el procedimiento arbitral hasta que la justicia ordinaria se pronunciase sobre la acción de simulación rechazándola, ya que la materia litigiosa excede la competencia del Tribunal Arbitral y por consiguiente incumbe al Poder Judicial. Este fallo es jurisprudencia vigente de la Corte y sólo ella podría revocarlo³². Resulta claro que, en cuanto al derecho interno se refiere, no existe el principio de Competencia-Competencia, ya que el pronunciamiento se asienta indirectamente en una norma habilitante (como lo señalé en su oportunidad en mi obra *Derecho de los negocios*³³), pero debe destacarse que la norma del 752º privilegia la arbitrabilidad pero termina afectando la competencia del árbitro para ser juez de su competencia. La Corte no negó el principio de competencia, guardó silencio sobre el punto pero se atribuyó la facultad de ser el tribunal competente para dilucidar un conflicto de competencias, como lo es en última instancia en el orden federal, por delegación del Congreso. En otras palabras, la Corte usó esa facultad para dirimir un conflicto entre un Tribunal Arbitral y uno judicial. El único corolario útil es que equiparó sin decirlo al Tribunal Arbitral a uno judicial para ejercer su potestad y que este caso

³¹ El art. 752º, aun vigente, establece que los árbitros no pueden emitir laudo, si la arbitrabilidad del litigio ha sido cuestionada, mientras un tribunal estatal no se expida en forma definitiva.

³² Nidera Argentina c. Rodríguez Álvarez de Canale, Elena, CS LA LEY 1990 a, 419.

³³ MARZORATI, Osvaldo J. *Derecho de los Negocios Internacionales*. 2ª edición. Buenos Aires, 1997, p. 763-5.

evidencia una interferencia de la justicia durante el proceso arbitral.

Resta que la Corte se pronuncie sobre si en un arbitraje internacional que tenga sede en la Argentina prevalece la disposición del art. 752º en cuanto una de las partes cuestiona la arbitrabilidad para enervar el progreso del arbitraje, a pesar de que si fuera UNCITRAL, la existencia del proceso judicial no suspendería la actividad procesal de un Tribunal Arbitral que tiene la facultad de decidir sobre su jurisdicción sec. 21.1 y el reglamento de la ICC determina que, aceptado un caso como arbitrable por la corte, el tribunal designado resuelve sobre su propia jurisdicción (reg. secc. 8 (3 y 4)). La existencia de un litigio concurrente no suspende el procedimiento arbitral una vez comenzado y declarada la competencia del Tribunal de la ICC. Ya veremos que la Corte no se volvió a pronunciar pero sí lo hizo un tribunal federal, privilegiando normas locales sobre normas procesales en un arbitraje internacional.

No faltan argumentos para sostener que el principio Kompetenz-Kompetenz en materia de arbitraje internacional puede ser declarado válido en la República Argentina y así lo debieran declarar los jueces nacionales basados en las disposiciones de la Convención de Panamá y la del Acuerdo del MERCOSUR, aplicables por analogía para llenar una laguna en esa área.

En efecto, desde la reforma de la Constitución Nacional Argentina en 1994, los tratados prevalecen sobre las leyes internas.

Como ya vimos, las cuestiones relativas a la existencia y validez de la convención arbitral serán resueltas por el Tribunal Arbitral, por otra parte la Convención de Panamá, ratificada por la Argentina y de la que rara vez existe un pronunciamiento, dispone la aplicación subsidiaria de las normas de la CIAC, que establecen el principio de la competencia de la competencia y atribuyen al Tribunal Arbitral la facultad de pronunciarse sobre su propia competencia. Pero los tratados no establecen claramente que en caso de conflicto entre la jurisdicción judicial y la arbitral se aplicará la arbitral, por lo que una decisión en ese sentido aun hoy no resulta clara, pero el principio podría ratificarse y aplicarse en la medida que no afecte una norma del orden público internacional argentino, si existiera voluntad judicial suficiente.

Por otra parte, el art. 8º del acuerdo del MERCOSUR dispone que las cuestiones sobre la validez del acuerdo y su existencia serán resueltas por el Tribunal Arbitral, lo que implica que debe resolverlos en función de declarar su propia competencia en primer término, pero nada dice ni otorga prioridad a la asunción de la competencia por parte del Tribunal Arbitral, prohibiendo como dice la ley peruana que un tribunal judicial suspenda un arbitraje una vez comenzado.

Ya hemos citado el caso *Bear Service* en el que la Cámara Comercial dispuso la incompetencia de los tribunales argentinos ante la cláusula compromisoria que estableció que tratándose de un arbitraje ICC con sede en México, correspondía la competencia del caso al tribunal

mexicano. Pero esto no fue un caso en que hubo dos tribunales que se atribuían la competencia del caso, sino uno que entendió que era incompetente, por ende no existe fisura alguna jurisprudencial sobre el precedente Nidera.

Existe un tercer caso en el que, habiéndose declarado competente un tribunal americano bajo reglas de la AAA, se inició por la parte argentina un procedimiento para que la justicia comercial se declarase competente y así lo hizo la justicia comercial librando una orden de inhibitoria al Tribunal Arbitral, quien desconoció la orden judicial y dictó laudo condenatorio de la parte argentina³⁴. Al iniciarse el procedimiento de ejecución de sentencia, la justicia argentina resolvió que el pedido de inhibitoria era improcedente, ya que no había un Tribunal Superior común que pudiera resolver el conflicto de competencia planteado, con lo que validó el procedimiento arbitral, sin embargo dispuso notificar la suspensión de la ejecución a pesar del dictamen conforme del Fiscal de Cámara. Nuevamente tenemos otro pronunciamiento que suspende un arbitraje en el exterior durante el proceso arbitral y otro que suspende la ejecución, *ex post laudo* en el país, del laudo extranjero.

Este fallo más moderno de la justicia comercial no obstante no despeja

la situación creada por Nidera, al menos en el orden interno, ya que se limita a sostener que existiendo un arbitraje internacional, no existe un tribunal que pueda dirimir un conflicto de competencia. Sin embargo, veremos más adelante cómo la justicia federal interfirió en un proceso arbitral disponiendo la suspensión de un procedimiento arbitral al mismo tiempo que penó a la parte actora en ese procedimiento con penas cuantiosas por proseguir el arbitraje.

En definitiva, la República Argentina tiene una situación ambigua con referencia al principio capital del Kompetenz-Kompetenz, al menos en el orden internacional, ya que no ha sentado jurisprudencia sobre el tema y ha rechazado el principio en un arbitraje interno. La incidencia del Acuerdo del MERCOSUR ha sido hasta hoy irrelevante, ya que por el momento además de funcionar irregularmente en el aspecto del comercio interregional entre sus dos socios mayores, no ha generado ningún caso arbitral, en nuestro conocimiento, digno de mención. Es válido decir que por el momento, así como en el caso de la autonomía del arbitraje³⁵ existen precedentes favorables, aun no existen precedentes favorables y contundentes en el caso de un arbitraje internacional a favor del principio competencia-competencia y si existe un precedente claro y contrario de la Corte Suprema

³⁴ Reef Exploration c. Cía. General de Combustibles S.A. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala D. del 5-11- 2002. Publicado en La ley 2003-E 937, citado también por RIVERA, *Op. cit.*

³⁵ Enrique Welbers S.A. c/Extraktions-technik Gesellschaft s. ordinario Sala E Com. La ley de 1989- E-302, que dispuso "que la forma en que se instrumenta la cláusula arbitral no altera su naturaleza de Convención Autónoma, que puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero que no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable, ni al juez dotado de jurisdicción internacional para resolver una eventual controversia".

contra la aplicación de ese principio en el orden interno.

3. LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA Y EL ORDEN PÚBLICO

Esta cuestión implica dos temas: si un Tribunal Arbitral puede juzgar normas de orden público, tema a nuestro juicio ya superado por cuanto los tribunales arbitrales son jueces y como tales conocen en causas en las que siempre existen normas de orden público, que pueden o deben aplicar o no según las circunstancias del caso, el tipo de arbitraje, y la incidencia de la declaración de orden público sobre derechos disponibles. Al respecto, cabe mencionar que un Tribunal Arbitral puede incurrir en su sentencia en infracciones al orden público de un país cuya ley de fondo regía el proceso, y en tal caso su decisión puede devenir contrario a éste³⁶. Pero es en la ejecución del laudo arbitral donde adquiere mayor relevancia la incidencia y priorización del orden público sobre la aplicación de un laudo dictado en el extranjero. Por ende concentraremos la atención sobre este último supuesto.

Asimismo, la cuestión de la autonomía implica la aplicación de una ley al procedimiento arbitral distinta de la

ley que rija el contrato. En efecto, si un principio capital de la autonomía del arbitraje es la separación del contrato base de la cláusula arbitral y que la invalidez del primero no afecta a la validez de la segunda. Por el mismo argumento, el contrato base puede regirse por una ley o por varias leyes distintas de la ley que rija el procedimiento arbitral.

En efecto, según la moderna teoría francesa del *depeçage*, una relación jurídica puede regirse por distintas leyes, una regirá la capacidad de los contrayentes, una segunda la forma de los actos jurídicos, otra la validez de las convenciones que se pacten. Aun más, las tres primeras pueden regirse por normas diferentes de conflicto como la ley del domicilio para la capacidad, la ley del otorgamiento para la forma del acto jurídico, y la ley del lugar de cumplimiento o la de la celebración para la validez del acto, o como en el caso de la compraventa comercial de mercaderías de Viena; una sola ley material rige la formación del contrato de compraventa comercial y la de los derechos y obligaciones de las partes, salvo pacto en contrario, como lo he sostenido al comentar la ratificación de la Convención de Viena sobre compraventa comercial por la República Argentina³⁷.

³⁶ Al respecto ver fallo OGDEN Entertainment vs Eijo Néstor y otro. 20-09-2004. Cám.Comercial, La Ley 2005. B-21, en el que se anuló por abusiva y violatoria de la defensa en juicio la imposición de honorarios que excedían el monto de la condena. Asimismo, en el caso CIERP S.A., E.D. 198-264 (2002) el Tribunal General de la Bolsa de Comercio rechazó una excepción de incompetencia reclamada con la declaración de emergencia del país, norma de orden público o *lois de police* sobre la base de cómo cualquier tribunal podía declarar incluso una norma como inconstitucional. En el caso afirmo su competencia porque las partes le habían otorgado competencia exclusiva. También, un tribunal provincial declaró la incompetencia de un tribunal arbitral para conocer una norma de orden público interno, la llamada "ley de emergencia". Cámara 1ª de San Isidro, Sala II, 3/4/05. En: *La Ley*. Buenos Aires: La Ley, junio 2005, p. 521.

³⁷ MARZORATI, Osvaldo J. *El contrato de compraventa comercial y la Convención de Viena sobre compraventa internacional*. Buenos Aires: Publicación de la Fundación de la Bolsa de Comercio, 1990.

La Convención de Nueva York sobre arbitraje comercial remite la capacidad a la ley personal y la validez del contrato objeto del arbitraje a la *lex causae*, o ley elegida por las partes, pero la validez del laudo arbitral se puede discutir conforme a la ley del lugar en que se dictó el laudo, lo que permite aplicar la ley del lugar donde el laudo aparece firmado y fechado, es decir la sede del arbitraje.

Por otra parte, la Convención de Nueva York dispone que el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral pueda ser ejecutado en cualquier jurisdicción que haya ratificado la Convención, a menos que la parte contra quien se invoque el laudo pruebe y el tribunal compruebe que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de ese país (Art. V 2, inciso b).

Esto implica una norma de remisión al derecho de ese país en materia de orden público. La misma disposición está consagrada en el art. 34.2° b) de la ley modelo en cuanto dispone que el laudo puede ser anulado “(..) si el laudo

está en conflicto con el *public policy* de ese Estado”. *Public policy* se asimila según el distinguido árbitro y profesor BOCKSTIEGEL a *ordre public*³⁸.

En esta materia, tanto el código de procedimientos argentino como la convención de Nueva York hablan del orden público del país. Por ende, en su concepción se trataba del orden público que impide a las partes dejar sin efecto normas imperativas, pero ese concepto fue largamente superado por la doctrina mediante la creación de la categoría o entelequia denominada orden público internacional que a los efectos de la doctrina nacional predominante significa que un juez puede dejar sin efecto un laudo basado en una ley extranjera por ser ésta contraria a los principios inspiradores de la organización del Estado, que actúan como cláusulas de reserva frente a soluciones del derecho extranjero, y así lo prevé el art. 14° del Código Civil argentino. Esta normativa constituye un remedio excepcional a la extraterritorialidad del derecho privado³⁹, y la doctrina argentina denomina orden

³⁸ BOCKSTIEGEL, Karl Heinz. *Public Policy and arbitrability*. En *Public Policy and Arbitration Kluwer. General*. Ed. Pieter Sanders. I.c.c.a.Congress Series No. 3. New York, 1986, pp. 178 y ss. El PROF. BOCKSTIEGEL sostiene que el concepto de orden público es mudable y depende de la valoración que una comunidad tiene en un momento dado, por lo que no es inmutable y cambia en el tiempo. Por esa razón al analizar el tópico a la luz de pronunciamientos nacionales, el autor concluye que un resumen del tema es al mismo tiempo frustrante y despierta esperanza, ya que el gran número de cuestiones, sub tonos, técnicas y soluciones en los diferentes países demuestran que el concepto de un orden público internacional propio tardara en llegar y el escenario estará dominado por las leyes nacionales, ello a pesar de la distinción del Presidente del Congreso de la I.c.c.a. Pieter Sanders que claramente distinguió al orden público nacional como aquel que limita la autonomía de la voluntad con normas imperativas que derogan dicha autonomía y el orden público internacional de un mismo país, aquellas normas tan sacrosantas de un país que requieren su aplicación o en las palabras de la Suprema Corte de los EEUU constituyen una violación de los principios de un Estado en lo atinente a las nociones más básicas de moralidad y justicia. O según la Suprema Corte Suiza constituyen violaciones del orden público internacional suizo que hieren de manera intolerable el sentimiento del derecho.

³⁹ Conf.: CALANDRELLI, M. *Cuestiones de derecho internacional privado*, T. IV, pp. 37 y ss.

público internacional argentino a los diferentes principios que conforman los presupuestos del Art. 14° del Código Civil que actuarían como cláusula de reserva⁴⁰.

Es pertinente recordar otro autor que en el mismo Congreso de la I.c.c.a. sobre *Public Policy y Arbitrability I.c.c.a.* New York 1986, en el que participó BOCKSTIEGEL y dirigió Pieter SANDERS, además de recordar la distinción entre orden público interno y orden público internacional señaló que este último, el orden público internacional de un Estado, es usado antes que nada en un sentido negativo, como reserva o excepción para justificar el rechazo de la ley aplicable según las normas de conflicto de las leyes de ese Foro. Así definido, el orden público internacional o *public policy* contenido en la legislación interna, constituye un principio general de derecho internacional privado, que existe en todos los sistemas legales, aun en ausencia de precedentes específicos⁴¹.

Por otra parte, éste ha sido el sentido de los tratados de Montevideo de 1989 y 1940 en cuanto al disponer que las leyes de los demás estados jamás serán aplicadas contra las instituciones políticas, el orden público o las buenas costumbres del lugar del proceso. Incluso el tratado

de Montevideo de 1979 permite que un Estado parte no aplique la ley aplicable en el territorio del Estado parte que la considere manifiestamente contraria a los principios de su orden público⁴². Es interesante destacar que, aparte del aspecto negativo o principio de reserva el orden público internacional, tiene un aspecto positivo, según el mismo KOSSUTH: asegurar la aplicación de ciertas reglas que tienen prioridad de la *lex fori*. Esta es la cara positiva del *public policy*, una función que apunta a imponer la aplicación de la ley del foro, por medio de leyes de aplicación inmediata, según la terminología en boga de un autor alemán citado por KOSSUTH.

Horacio GRIGERA NAON presentó en ese Congreso, un relato de la situación del tema en nuestro país, en el que sostuvo que las leyes de aplicación inmediata, definidas como leyes sustantivas que *ab initio* tienen como principal propósito aplicarse a transacciones internacionales de acuerdo con políticas especiales establecidas por el legislador, distinguiéndolas de las *lois de police* en que no están originadas en disposiciones municipales o locales que con relación a una cuestión determinada en juego requieren aplicación extraterritorial, señalando que normalmente, las leyes

⁴⁰ Conf. PARDO, A.J. *Derecho Internacional Privado*. Buenos Aires, 1976, pág. 332, la define como "conjunto de principios establecidos por nuestra legislación que autoriza al magistrado, antes de aplicar derecho foráneo, a declarar si es o no idóneo para regular la situación jurídica, sin conculcar los principios generales que surjan del ordenamiento local". Según el PROF. BOGGIANO A., *Der. Int. Privado*, Ed. Abeledo. T.I 487, si se ofende la cláusula de orden público, que sintetiza los principios del derecho argentino, la proyectada imitación del uso jurídico foráneo no se actualiza".

⁴¹ KOSSUTH, Luis. *Transnational public policy*, Op. cit., pp. 260 y ss. Citando en su apoyo a *Cheshire & North Private International Law 131* y *Wengler W- Internationales Privatrecht 79*.

⁴² Cidip II, Montevideo, art. 5).

de aplicación inmediata comparten el carácter imperativo de la *lois de police* y su aplicación no puede ser evitada por la utilización contraria de la ley elegida por las partes.

En cambio, las leyes de policía—según GRIGERA— no se basan en consideraciones de moralidad o justicia de una jurisdicción, sino en normas municipales que se aplican a esas cuestiones pero que no están pensadas para evitar la aplicación de una ley extranjera, pero que impiden la aplicación de ésta o la aplicación de normas indirectas del ordenamiento extranjero y simultáneamente dejan sin efecto la aplicación de la ley pactada por las partes⁴³.

La práctica argentina en materia de exclusión de la ley extranjera por aplicación del orden público internacional argentino se manifestó claramente en materia de divorcios en el extranjero de casamientos en el extranjero de argentinos que en el acto de celebración tenían al menos uno de ellos su domicilio en el país. Los matrimonios denominados “chihuahua”

en México fueron descartados por violar normas del orden público argentino, sin referencia al mentado orden público internacional argentino. En el orden comercial, las disposiciones del art. 14º no han bastado por sí solas para evitar la aplicación de una ley extranjera, salvo en los casos en que una disposición contraria así lo habilitara, por ejemplo, aquella que dispone que los contratos celebrados en la Argentina para infringir las leyes de un país extranjero son de ningún valor o viceversa. Las leyes de un país extranjero destinadas a violar las leyes argentinas gozan de la misma presunción, en tanto y en cuanto las leyes violadas son claramente imperativas, conociéndose ambos supuestos como fraude a la ley extranjera o fraude a la ley propia.

El Prof. BOGGIANO, reconocido internacionalista y iusprivatista argentino, da una definición diferente de leyes de policía, señalando que las leyes de policía son normas cuya observancia es necesaria para la salvaguardia de la organización política, social y económica del país, afirmando que con un criterio

⁴³ El autor publicó su artículo en la revista de la I.c.c.a.de 1986, p. 332, allí señala que en su opinión el art. 14º, inciso 1 del CC está basado en la aplicación de la técnica de las leyes de policía, con sustento en el art 1206 del mismo código en cuanto determina la aplicación de la ley sustantiva argentina a los contratos internacionales en el interés del Estado o de sus habitantes. En cambio sostiene que el art 14º inciso 4 del Código Civil constituye un ejemplo de ley de aplicación inmediata cuanto estatuye que se aplica la ley argentina cuando esta sea más favorable a la validez del acto en un contrato internacional o el art 855º (2) del cód. de comercio que establece un periodo de prescripción de dos años para los contratos de transporte de mercaderías con destino al extranjero. Pero admitiendo que el mismo inciso 1 y el 2 se refieren a principios de moralidad o justicia, compartidos por el país y la comunidad internacional o por el país específicamente en cuanto afectan al basamento del orden legal argentino. Esta concepción amplia del orden público internacional argentino se ve morigerada según el mismo autor por las prudentes consideraciones que un tribunal argentino debe efectuar cuando existe cosa juzgada en el exterior morigerando la aplicación del orden público internacional por las consecuencias que arrastra invocar dicho orden público, cuando las consideraciones y admitiendo que es muy difícil establecer antes del comienzo de un arbitraje si un acuerdo arbitral viola la ley argentina a menos que ésta prohíba llevar la materia a arbitraje o disponga la aplicación de la ley argentina en forma exclusiva.

funcional constituyen normas exclusivas que exceptúan a los principios y reglas de derecho en el interés del Estado, de una clase o de ciertas creencias o ideas. Boggiano señala asimismo, que para las leyes de aplicación inmediata, el gran iusprivatista Goldschmitt adoptó la terminología de leyes exclusivas tomadas de KEGEL⁴⁴, desvalorizando la categorización de leyes de aplicación inmediata, ya que si la exclusividad es propia de ambas, la categorización diferenciada deviene innecesaria.

A juicio del autor, las normas internacionales de orden público argentino están contenidas en el art. 14° en sus diversos incisos que comprenden las leyes de policía. En realidad, tanto las normas internacionales de orden público como las normas de policía o las normas materiales son exclusivas y excluyen las normas de conflicto, es decir aquéllas pactadas por las partes de un contrato para resolver el fondo de las controversias que su celebración, interpretación y cumplimiento pueda originar durante el curso del contrato.

En mi opinión, considero que toda norma exclusiva debe ser interpretada restrictivamente, si no habilitaría una desmesurada revisión judicial sin sustento valedero, pero concuerdo que las normas de policía son parte del orden público internacional argentino y han sido utilizadas para evitar la aplicación de la ley extranjera, quedando la cuestión si un árbitro debe aplicar normas de policías extranjeras a un caso que está sometido a esa ley, pero que deba considerar que

su aplicación estaría en colisión con una norma de policía de otro Estado, por ejemplo, el del lugar posible de ejecución. Esta cuestión está aún abierta y para los partidarios de la deslocalización del arbitraje como PAULSSON, Jan, citado por PARODI, no tendría importancia.

4. EL ACUERDO ARBITRAL Y EL DERECHO ARGENTINO

4.1. La declaración de inconstitucionalidad y el tribunal arbitral

Un caso interesante de la jurisprudencia argentina citado por el Dr. RIVERA se refiere a la posibilidad de los miembros de un Tribunal Arbitral de declarar la inconstitucionalidad de las leyes.

El tema se ha planteado en doctrina y debo señalar que la Corte no ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el mismo. Para comprender la importancia del tema, es útil recordar que en el sistema argentino la Corte Suprema es un poder del Estado al que se la ha confiado la interpretación final de la Constitución Nacional. Así, el art. 108° de la Constitución Argentina vigente dispone que el Poder Judicial de la Nación será ejercido por una Corte Suprema de Justicia y por los demás tribunales inferiores que el Congreso estableciere en el territorio de la Nación.

Por otra parte, el art. 116° dispone que corresponde a la Corte Suprema y

⁴⁴ BOGGIANO, Antonio. *Derecho Internacional Privado*, T. 1, p. 49 y notas 31 a.

a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación (...), los tratados con las naciones extranjeras, de las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros, de las causas de Almirantazgo y Jurisdicción Marítima y de los asuntos en que la Nación sea parte, o se susciten entre dos o más Provincias, entre una provincia y vecinos de otra o entre vecinos de diferentes provincias y entre una provincia y sus vecinos contra un estado extranjero o ciudadano extranjero.

El tema se instaló en relación con la legislación de emergencia dictada en enero de 2002 y el Tribunal de Arbitraje de la bolsa de Comercio de la ciudad de Buenos Aires resolvió que la jurisdicción arbitral no se halla excluida de la declaración de invalidez constitucional de las normas emanadas de los poderes públicos.

Con posterioridad, como lo recuerda el Dr. RIVERA, el Tribunal de la Bolsa insistió sobre el punto.

En esa misma nota, el Dr. RIVERA recuerda que el distinguido jurista Dr. MORELLO señaló en apoyo de esa jurisprudencia que el punto de partida es que el Tribunal Arbitral es un tribunal de justicia, aunque no forme parte del poder judicial, la función que cumple es propia de los órganos que prestan ese servicio, aunque puede no tener todos sus atributos.

Por ello, si un juez de paz lego tiene legitimidad para declarar la

inconstitucionalidad de una norma, el modelo argentino lo extiende por su control difuso al Tribunal Arbitral, no lesiona los actos del poder legislativo que tienen una presunción de legitimidad meramente provisional y tampoco al concepto del orden público, ya que la decisión sólo rige para el caso, sin pretensión de generalidad, tal como sucede con la declarada por los jueces. En la República Argentina, salvo los casos de jurisprudencia plenaria, las decisiones de la misma Corte Suprema solo valen para el caso en que han sido dictadas, y la Corte misma revisa sus precedentes y las cambia cuando las circunstancias del precedente anterior han cambiado.

En el caso CIERP⁴⁵, un tribunal judicial avaló esa postura desestimando *in limine* una acción declarativa que postulaba la falta de arbitrabilidad de un eventual planteo de inconstitucionalidad de normas de emergencia, que han sido declaradas inconstitucionales a posteriori por decenas de magistrados argentinos e incluso objeto de pronunciamientos parciales de la Corte Suprema de Justicia en el mismo sentido con valor como lo dispone la legislación argentina simplemente para el caso en que se ha dictado, como lo explicamos anteriormente, a diferencia de los precedentes de la Suprema Corte de los Estados Unidos, cuyas decisiones sobre interpretación de normas federales y la declaración de inconstitucionalidad de una ley la hacen aplicable a todos los casos semejantes.

Tan es esto así que existen pendientes de resolución más de 50.000 casos en

⁴⁵ Tribunal Arbitral de la Bolsa de Comercio, 19/03/2002. CIERP S.A. c/ Finanbank s/resolución contractual.

que los particulares damnificados han solicitado la inconstitucionalidad de normas de emergencia, a pesar de su carácter de orden público, por violar normas constitucionales superiores. Es decir que no basta que el legislador declare ligeramente una norma como de orden público, la justicia en casos de inconstitucionalidad, la puede anular con efectos para el caso que se decide, por ende si la Corte dispusiera la inconstitucionalidad de normas de orden público en esos casos citándose a sí misma, los tribunales inferiores seguramente la acatarán, aunque legalmente pueden disentir, pero normalmente cierran los casos citando el precedente de la Corte.

Por ende, no existe en esta materia que ha causado agravio constitucional a miles de argentinos ningún óbice para que un Tribunal Arbitral ejerza igual facultad. Tiene tal tribunal todos los antecedentes de todas las provincias y de la justicia federal para sustentar el fondo del asunto, sin necesidad de mayor estudio, con el aval de la casi totalidad de la doctrina argentina.

4.2. La extensión del control arbitral sobre el arbitraje en la jurisprudencia argentina

Hemos visto que la nulidad del acuerdo arbitral se puede declarar en la República Argentina por razones de orden público o por carecer de competencia un árbitro para decidir exclusivamente sobre su propia competencia.

Si bien los tribunales han declarado la autonomía de la cláusula arbitral del contrato que le dio origen y planteado y resuelto que siendo separables se pueden regir por disposiciones internacionales

diferentes, existen numerosos casos en los que la interferencia del Poder Judicial ha generado lo que el Dr. RIVERA llama generosamente claroscuros en la doctrina y practica del derecho arbitral argentino. Ello no sólo alcanza al acuerdo arbitral sino a laudos resueltos en jurisdicción extranjera o incluso al procedimiento arbitral en los que la Justicia Argentina se ha arrogado la facultad de intervenir disponiendo la suspensión del procedimiento, cuyos casos que han tenido lugar *ex ante*, durante y *ex post* arbitraje hemos citado en capítulos anteriores, reservando los más recientes y ciertamente sonados para este capítulo.

En efecto, mientras que en otras jurisdicciones la autonomía de la cláusula arbitral permite tratar normas de orden público pero sujetas al control judicial, como lo ha permitido la jurisprudencia norteamericana ampliando sus propias normas internas en el caso *Rhone Mediterranee Compagnie Francese d'Assicurazioni contra Achilles Lauro*, cuando al analizar el art. 2º de la Convención de Nueva York resolvió que “El significado del Art. II secc. 3 de la Convención más consistente con el propósito de la misma es que un acuerdo para arbitrar es nulo si a) está sujeto a una defensa reconocida internacionalmente: como violencia, error, fraude o renuncia, o b) cuando contraviene políticas fundamentales del Estado del Foro. El término nulo debe ser leído de manera restrictiva, pues los estados signatarios han declarado una política general de cumplimiento de los acuerdos para arbitrar”.

Así también el derecho suizo para reconocer validez al pacto arbitral confiere validez a la ley del contrato o

al derecho que rige el objeto del litigio o la ley que rige el contrato principal o aun al derecho suizo si el mismo es más favorable.

Frente a estos ejemplos que cita el Dr. CÁRDENAS MEJÍA y que se han transcripto se hace necesario confrontar algunos de los casos argentinos.

Previamente, resulta interesante recordar que la jurisprudencia francesa ha ido más allá de la separabilidad de la cláusula arbitral del contrato o relación sustantiva. Es interesante destacar que la práctica francesa basada en los precedentes de su Tribunal de Casación se apartan de todo lo conocido en materia de orden público, incluyendo el propio derecho francés, por ejemplo, soslayando –en un caso internacional– la prohibición interna de pactar en un contrato de agencia el compromiso arbitral, lo que no fue óbice para que el tribunal dispusiera la validez de la cláusula citada. Esto fue fundado al aplicar un sistema distinto y determinar la validez del acuerdo arbitral, independientemente de la ley aplicable según el régimen conflictual normal, es decir, remitiendo a la ley competente.

Así, los tribunales franceses ignoraron en un contrato de agencia con una cláusula compromisoria su propia ley francesa que no autorizaba dicha cláusula. En el año 1993, en el caso Dalico, la Corte de Casación Francesa dispuso que en virtud de una regla material del derecho

internacional del arbitraje, la validez, existencia y eficacia de la cláusula compromisoria se aprecie bajo reserva de las reglas imperativas del derecho francés y del orden público internacional.

Un fallo de la Corte de París (*bec freres*) expresó que la prohibición de comprometer al Estado en un acuerdo arbitral está limitada a los contratos de orden interno; esta prohibición no es consecuencia del orden público internacional. En el fallo Worms de 1999 y en el fallo Banque de Commerce del mismo año, la Corte de Casación dispuso que la cláusula de arbitraje internacional es válida por el solo efecto de la voluntad de los contrayentes, lo que conduce a sostener que sólo está limitada por el orden público internacional, como lo indica y cita para ambos casos CÁRDENAS MEJÍA⁴⁶.

Los tribunales americanos son reacios a declarar la nulidad de los laudos extranjeros y sólo pueden ser anulados en muy limitadas circunstancias. Así, en el caso *Chromalloy*, en el que un tribunal arbitral condenó a la República de Egipto a indemnizar a Chromalloy Services, lo que no impidió que el tribunal de la ejecución que ignoró la anulación del país de la sede, le diese curso en Estados Unidos autorizando su ejecución a pesar de que previamente la Corte de Apelaciones de El Cairo había anulado el fallo nada menos que por error de Derecho en su fundamentación⁴⁷.

⁴⁶ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. "El principio de la autonomía del acto arbitral". *Op. cit.*, pp. 95 y ss. El autor recuerda que esa doctrina implica que la validez del pacto arbitral debe escapar en el arbitraje internacional a los particularismos locales y deben tomarse las concepciones materiales que el orden jurídico francés considera exigencias fundamentales de justicia aplicables a situaciones de carácter internacional.

⁴⁷ RIVKIN, David. "The enforcement of arbitral awards nullified in the country of origin." Congreso de la I.c.c.a. París, 1997. En: *Yearbook of Commercial Arbitration I.c.c.a.* Vol. XXII, 1997, p. 1001.

Otro precedente de la justicia comercial que hemos citado, el caso Bear Service, que hemos mencionado, se basó en el reglamento de arbitraje de la ICC - artículo 6º, Efectos del acuerdo de Arbitraje, que dispone “(...) el Tribunal Arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato y la conservará para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones o alegaciones para rechazar la pretensión de que la cláusula arbitral se debía regir por la ley argentina, por haberse previamente rescindido el contrato cuando la cláusula compromisoria había pactado un arbitraje ICC para determinar el derecho de daños basado en el incumplimiento y esa cláusula era ley para las partes (art. 1197º del Código Civil)”.

Es interesante destacar que a pesar de que una de las partes se encontraba en concurso, la Corte validó la cláusula arbitral, por considerar que debía prevalecer la cláusula arbitral, pero sosteniendo nuevamente que la competencia arbitral podía ser revisada por los jueces argentinos.

Estos fallos avalan la autonomía del acuerdo arbitral. A pesar de ello, existen fallos que han provocado cortocircuitos en esta línea jurisprudencial porque en lugar de auxiliar al arbitraje lo interfirieron durante el procedimiento bajo razones inatendibles.

Así, una Cámara Federal, recuerda RIVERA⁴⁸, dispuso la suspensión de un procedimiento arbitral dictando una medida por existir un proceso judicial anterior al arbitraje sobre la misma materia (en realidad el proceso era un pedido de medida precautoria solicitando su otorgamiento que resultó rechazado en primera instancia), y a pesar de ello la Cámara dispuso la suspensión, que para mérito del Tribunal no fue acatado por entender que se encontraban en ejercicio de la jurisdicción y que sin un sólido planteo de inhibitoria, si fuera procedente, se podía paralizar un proceso arbitral con una medida cautelar, recordando que es jurisprudencia de la Corte que veda a los órganos judiciales para interferir en las causas en trámite en otras jurisdicciones, siguiendo por lo tanto el procedimiento arbitral y dictando sentencia arbitral. Esta suspensión del procedimiento arbitral con una medida cautelar implica una nueva interferencia durante el proceso de la justicia argentina, extendiendo su control más allá de lo que la ley contempla.

El caso no terminó allí; la sociedad uruguaya promovió una acción declarativa solicitando que se declarase que el tribunal no tenía competencia para decidir la inconstitucionalidad de un decreto del PEN. El Fiscal de Cámara se pronunció por la negativa porque ya se había rechazado la incompetencia ante el Tribunal Arbitral y dictado el laudo, con lo que había concluido su misión por lo que el caso era abstracto, pero la Cámara, por si queda alguna duda de que no existe

⁴⁸ RIVERA, Julio. *Op. cit.* En: *Civil y Comercial Federal*. Sala II 15-5-03; 4-6-03 y 26-08-03. Administración de Usinas y Transporte Eléctrico del Uruguay c/Hidroeléctrica Piedra del Águila con nota de Jorge Rojas. Amparo al Arbitraje.

la Kompetenz-Kompetenz en el derecho interno argentino desde Nidera, dispuso que habiéndose planteado un conflicto de competencia ordena a los ejecutantes del laudo abstenerse de continuar los trámites de ejecución, es decir que bloqueó la posibilidad de que la parte victoriosa en el laudo pudiese ejecutarlo luego de haber analizado el fondo del asunto, fincando la paralización en dos temas procesales: (i) una medida precautoria rechazada y (ii) una acción declarativa tendiente a paralizar el arbitraje por el art. 752° del Código de Procedimientos ya citado en donde se planteaba que un tribunal arbitral no tenía competencia para declarar la inconstitucionalidad de una ley de emergencia, lo que ha sido ya resuelto⁴⁹.

Otro caso en que no se respetó la autonomía del procedimiento arbitral citado por RIVERA; resultó que la Cámara Comercial dispuso en el marco de un amparo, la suspensión de un procedimiento arbitral, a pesar del rechazo de la medida por el Fiscal de Cámara, que señaló que los temas en danza involucraban la postergación de ciertos planteamientos hasta que se constituyese el Tribunal Arbitral y la designación de árbitros por el Presidente del Tribunal. Basó el Fiscal su dictamen en que esas cuestiones pueden

y deben ser dirimidas por dicha entidad en el marco del proceso arbitral y que el recurrente tenía la acción de nulidad del art. 760°, para hacer valer sus derechos ante la Justicia. La Cámara dispuso que estaban acreditados los requisitos de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora y entendió que el recurso de nulidad no era una vía eficaz en la especie (...) al no haberse acordado los términos del compromiso arbitral, vulnerando el principio de autonomía y dejando mal parada a la Cámara de Comercio⁵⁰. Aquí la justicia intervino descolocando al tribunal arbitral permanente, interfiriendo otra vez en el procedimiento.

El caso Cartellone fallado en el orden interno ha sido motivo de muchos comentarios y opiniones doctrinarias relacionados con la posibilidad de que el arbitraje al menos contra el Estado devenga imposible en la República Argentina, ya que en el mismo la Corte Suprema estableció la posibilidad de revisar un fallo arbitral, respecto del cual no existía recurso alguno, renunciado por tratarse de un arbitraje obligatorio ante el Tribunal de Obras Públicas de la Nación Argentina, disponiendo la nulidad del mismo y sentando la doctrina de que el laudo puede ser anulado en caso de que sea inconstitucional, ilegal o irrazonable⁵¹.

⁴⁹ Caso CIERP, ver nota 45.

⁵⁰ RIVERA, Julio. *Op. cit.*, fallo "Akzo Nobel Coating y otro c. Cámara Arg. de Comercio s/ amparo". ED 205-162.

⁵¹ "José Cartellone Construcciones Civiles c/Hidroeléctrica Norpatagónica o Hidronor S.A.", CS 1/06/04, Fallos 327: 1881. Concordante con la decisión de Cartellone, cabe mencionar a BIDART CAMPOS, "El control constitucional y el arbitraje". En: *La Ley*, Suplemento 23/08/2004, p. 24, y en contra, criticando al fallo Cartellone, se pronunció la mayoría de la doctrina:

PALACIO, Lino E. *Un disparo fatal contra el arbitraje voluntario?* ED 208-988.

MORA, Roberto D. *Aval judicial al incumplimiento internacional?* En: *Revista La Ley. Sup. Derecho Administrativo*. Buenos Aires: 15/10/2004.

MONTALDO, Marcelo. *El fallo Cartellone. Las implicancias económicas de una decisión inconveniente*. En: *Revista La Ley. Sup. Derecho Administrativo*. Buenos Aires: 15/4/2004.

La Corte se basó en que en el laudo se había cambiado el alcance de los puntos comprometidos en los términos del compromiso por considerar el cálculo de intereses desde el mes de febrero mientras que en la demanda se lo adelantó al mes de enero. Aunque, como sagazmente observa RIVERA, Julio, en *Arbitraje Comercial*, Ed. Lexis Nexis, p. 670), la Corte no dice que el reglamento del tribunal arbitral de obras públicas permitía ciertos ajustes al compromiso al deducir la demanda. En segundo lugar, la Corte revocó el interés determinado por la Cámara por ser la tasa de interés una cuestión de orden público y ser irrenunciable en virtud de lo dispuesto por el art. 872° del Código Civil, por tratarse de una renuncia de derechos concedidos con mira al interés público y no al interés particular, soslayando la aplicación de la tasa pactada y favoreciendo al Estado con la aplicación de tasas oficiales menos gravosas.

Pero aunque no se explicitó claramente por qué es inconstitucional la irrevisibilidad de un fallo de un tribunal creado por el propio Estado y de jurisdicción obligatoria, es decir que se trataba de un arbitraje legal, debe entenderse que es inconstitucional que no pueda deducirse ningún recurso incluso de nulidad para permitir el control judicial en un tema constitucional, por estar el interés público comprometido, por lo que lo revocó, no lo anuló, es decir conoció como un tribunal de apelación. El tema más delicado es que un laudo pueda ser atacado por irrazonable,

dado que abre una puerta para revisar por su mérito a cualquier laudo por el fondo del asunto según la decisión del Tribunal Arbitral de Obras Públicas y no por ninguna de las causales de nulidad⁵² contenidas en la legislación argentina.

Es decir que la Corte, al menos cuando existen intereses estatales que tutelar, se ha convertido en una suerte de instancia ordinaria, de continuar con esta jurisprudencia, sobre el mérito de los pronunciamientos arbitrales. Esa es la mala señal que se ha enviado desde el más alto tribunal a los juristas, ya que en forma clara u consciente ha señalado que la corte se reserva el control de los laudos arbitrales, al menos en causas en que entes estatales estén involucrados en casos de irrazonabilidad. En otras palabras la Corte ha extendido desmesuradamente la facultad de control que admite aun la más ortodoxa de las doctrinas pro-arbitraje, a supuestos de arbitrariedad o de irrazonabilidad en la interpretación del derecho hechas por jueces arbitrales y al asumirlos revoca el fallo conociéndolo en virtud de una causal de nulidad.

Esta jurisprudencia expresa un regreso al control estatal, dando la vuelta a los casos Mac Factor y Meller donde se había sentado la exclusión de los tribunales en los procesos arbitrales, pero no el control último⁵³ o, dicho de otro modo, una extensión del control judicial sobre los pronunciamientos contenidos en un laudo extendiendo dicho control

⁵² El artículo 760° del Código de Procedimientos dispone que el laudo se puede anular en los siguientes supuestos: a) falta esencial del procedimiento, b) haber fallado los árbitros fuera de plazo, c) haber fallado sobre puntos no comprometidos. "José Cartellone Construcciones Civiles c/Hidroeléctrica Norpatagónica o Hidronor S.A.", CS 1/06/04, Fallos 327: 1881.

⁵³ CSJ, 17/11/1994, "Collor c/ Max Factor Sucursal Argentina". Fallos 317:1527.

a aspectos que exceden la mera nulidad del laudo y que se encuentran pautados en nuestra legislación. El tiempo dirá si esta Corte pre-anunció con Cartellone su eventual aplicación a casos internacionales o simplemente salvaguardo al Estado de las consecuencias de un procedimiento arbitral del que las partes del contrato de obra pública no se podían apartar, a cuyo efecto debieran precisar sus alcances cuando tengan la oportunidad de conocer por recurso extraordinario en un caso privado⁵⁴.

En cualquier caso todos los que deseamos el progreso y modernización de las normas que gobiernan el procedimiento arbitral tenemos la esperanza que sus alcances sean limitados en el futuro en lo que se refiere a la consideración del mérito de la decisión o su pretendida o aparente irrazonabilidad, ya que por su amplitud crea una incertidumbre importante en el orden nacional, sin contar su eventual aplicación al orden internacional. Debe destacarse que la Corte, como lo recuerda RIVERA, volvió a pronunciarse sobre la procedencia del recurso extraordinario en las decisiones del Tribunal Arbitral

de Obras Públicas⁵⁵. En definitiva, hoy tenemos *ex post* un fallo que anula un laudo por una causal de irrazonabilidad que es un paso más allá, pero cercano de la causal de arbitrariedad, que habilita el recurso extraordinario en casos judiciales ante la misma Corte. La Corte no lo dijo, pero así como revisa cuestiones judiciales por arbitrariedad, se reserva la facultad de controlar un laudo por irrazonabilidad. Con los precedentes detallados se hace más necesario que nunca la consideración de dictar una ley de Arbitraje nacional e internacional teniendo en cuenta los cuatro proyectos que hasta ahora no han tenido eco en el Estado, que los ha archivado. Esos proyectos se basaron a partir del primero en la ley modelo. El primero de Sergio Lepera, el segundo por una comisión especial que sólo reguló el derecho interno, el tercero por una comisión de 7 miembros y su relevancia es que dio igual tratamiento al arbitraje interno y el internacional. El cuarto fue presentado por el Dr. VANOSSI como diputado y reiterado en dos ocasiones, con el mismo resultado, incorporando a nuestra legislación la Ley Modelo de UNCITRAL para reglar el arbitraje internacional⁵⁶.

⁵⁴ CNCom. Sala D, 08/08/07, "Mobil c/ Gasnor", en donde se afirmó que la renuncia de recursos a un laudo no es de orden público porque la doble instancia no tiene garantía constitucional.

⁵⁵ Corte Suprema, 12/06/2007. "EACA S.A. – Sideco c. Saigue Argentina y DNV". La Ley, 11/07/2007.

⁵⁶ PIAGGI, Ana y Estoup, L. *Derecho mercantil contemporáneo*. Capítulo "Arbitraje Comercial". Buenos Aires, 2001. "El proyecto fue dictaminado por una comisión de destacados juristas y especialistas". Ver el texto completo del proyecto en op. cit. en la que la Dra. Piaggi señala como obstáculos a superar entre otros, la no aceptación del poder de los árbitros para pronunciarse sobre su propia competencia, la permitida y propiciada inmisión de las cortes locales para intervenir el Arbitraje antes, durante y después del laudo, la autorización de una panoplia de situaciones para atacar la validez del laudo, la falta de autonomía declarada de la cláusula arbitral o la imposición de rígidas formas impuestas al proceso aunada a las maniobra dilatorias de plantear acciones similares ante la justicia para evitar cumplir el laudo arbitral, que hemos reseñado en las páginas anteriores. Todos esos supuestos se los intentó legislar para modernizar el arbitraje y desjudicializarlo.

Finalmente, la piedra del escándalo en materia arbitral es sin duda el caso Yaciretá. En este caso, se trataba de un arbitraje iniciado ante la ICC que tenía como parte al ente binacional conformado por la Argentina y Paraguay, y por el otro a una sociedad constructora, Eriday, una unión transitoria de empresas.

Se suscribió un compromiso arbitral por ambas partes en el que se definieron múltiples cuestiones luego de un fallido intento de mediación por parte del mismo Kissinger, que fracasó. Así se pactó la sede en Buenos Aires y se convino el procedimiento para la designación del tercer árbitro, el derecho aplicable y las renunciaciones a todos los recursos menos el de nulidad, así como ciertas reglas procesales como lo permite el Reglamento de la ICC, correspondiendo la elaboración del Acta de Misión.

En dicha oportunidad el ente bilateral EBY argentino-paraguayo pretendió que se incorporaran cuestiones inconsistentes con el compromiso arbitral tales como que el laudo fuera susceptible de recurso extraordinario ante la Corte Suprema Argentina, en los términos del art. 14° de la Ley 48, se redefiniera la ley aplicable, a favor de la ley argentina que era de aplicación supletoria y también la aplicación supletoria del mentado Código de Procedimientos en lo Civil y

Comercial al procedimiento arbitral de la ICC, más otras cuestiones no previstas en el compromiso arbitral.

El tribunal unánimemente no aceptó la inclusión y ante la no aceptación dispuso enviarla a la Corte de Arbitraje para su aprobación conforme lo prevé el reglamento de la ICC, sección 18.3.

Así las cosas, EBY inicia una acción judicial en sede argentina solicitando una acción con fundamento en el art. 742° del Código para que Eriday concorra a firmar el Acta de Misión de conformidad con lo pedido y además de acuerdo con el art. 747° para que los árbitros intervinientes se aparten del proceso arbitral, a pesar de que la recusación de los mismos había sido rechazada por la propia Corte de la ICC.

La justicia argentina hizo lugar a la medida cautelar de no innovar solicitada por la EBY respecto de la aprobación del Acta de Misión y de los actos posteriores y suspendió la tramitación hasta tanto no se dicte sentencia en la causa deducida por EBY.

La fundamentación de la sentencia es pobre dado que ignoró que el compromiso fue firmado por unanimidad, pactando lo que era objeto del arbitraje detalladamente y la pretensión de introducir temas no pactados era inviable para el Tribunal

Ver también NOODT TAQUELA, María Blanca. *Avances del proyecto de ley argentina de arbitraje respecto de la ley modelo de UNCITRAL*, donde se explican las características del arbitraje y aquellas soluciones innovativas sobre la ley modelo e incluso sobre el Acuerdo del MERCOSUR, que no resuelve la ley aplicable sino por remisión a las normas de derecho internacional privado, mientras que el proyecto del 2001 deja la decisión del derecho aplicable en manos de los árbitros (que estimen apropiado) y extiende la materia arbitrable a cuestiones civiles, siempre que se trate de derechos disponibles, sean contractuales, comerciales o litigiosas (artículo 9, LNA).

y debe referir el caso a la ICC que puede aprobar el Acta de Misión sin la conformidad de la otra, como lo prevé el reglamento de la ICC, a la que ambos se habían sometido a posteriori de la adjudicación del contrato, ya que se trató de un acto político, demuestra ignorancia del procedimiento de la ICC, al que EBY se había sometido y consentido, en virtud de la que si una de las partes no desea firmar el Acta de Misión, la Corte la aprueba y se vuelve obligatoria sin el concurso de la parte renuente.

Del mismo modo considera que la decisión de la ICC de no dar razones para rechazar la recusación por prejuzgamiento la persuaden de la verosimilitud del derecho y citando a CARTELLONE y entendiendo que a partir de ese fallo, la Corte admite un control amplio de los laudos arbitrales, da por acreditado el peligro en la demora por la violación del derecho de defensa. Del compromiso arbitral pactado, que unilateralmente se pretende cambiar en el Acta de Misión, ni una palabra.

Los árbitros argentinos fueron apartados del procedimiento y presionados para que renunciassen con sanciones personales y pecuniarias en caso de no obedecer y en atención a esa renuncia forzada, cuyos detalles los árbitros lo han contado en todos los foros, Eriday eligió un árbitro brasilero al que postuló al cargo, lo que motivó una presentación denunciando el incumplimiento de la cautelar, lo que dio origen a una segunda decisión del juez federal en el

año 2005 que resolvió intimar a Eriday para que en el término de tres días deje sin efecto la designación de un nuevo árbitro en reemplazo del Dr. Cárdenas bajo apercibimiento de una sanción de U\$S7.000.000 más una multa diaria de un millón de dólares por cada día de demora.

GUSTAVO PARODI señaló, en su crítico artículo sobre el fallo: “ambas pretensiones de EBY, en base a las cuales solicitó la intervención judicial, no sólo no tienen entidad alguna para justificar la interferencia judicial que ha tenido lugar en este arbitraje –ya que han sido resueltas por el Tribunal Arbitral con competencia para ello– sino que ni siquiera podrían fundamentar la eventual invocación de alguna causal de nulidad del laudo (...) Decisiones judiciales como la comentada en este caso no sólo ignoran los principios esenciales inherentes a los arbitrajes comerciales internacionales, sino que adoptan posturas anacrónicas que demuestran un desconocimiento de la realidad de los negocios internacionales. Este tratamiento desfavorable dado por ciertos tribunales judiciales argentinos –a diferencia de la emulable perspectiva judicial del arbitraje sostenida en los últimos años en Uruguay– tiene como clara e inevitable consecuencia un fuerte impacto negativo sobre cualquier posible inversión en el país, ante la falta de seguridad jurídica que ello implica (...)”⁵⁷.

Resulta patente para quien se especializa en arbitraje que las resoluciones

⁵⁷ PARODI, Gustavo. “El caso Yaciretá (o cómo retroceder 80 años)”. En: *Revista de Derecho Comparado* N° 11. Buenos Aires, 2005, pp. 187 y ss.

comentadas disponiendo la suspensión *sine die* del procedimiento arbitral hasta que se firme un Acta no aprobada por ambas partes ni por la Corte carecen de fundamento en el procedimiento de la ICC, quien dispuso continuar con el procedimiento e integrar el tribunal, quien está estudiando la sentencia arbitral mientras esto se escribe.

La doctrina repudió esta decisión⁵⁸. Desde nuestro punto de vista y teniendo en cuenta las posiciones concurrentes mencionadas en la nota 33, resulta claro que el tribunal argentino ignoró la autonomía del compromiso arbitral que fue otorgado por unanimidad por los tres árbitros, incluyendo el árbitro de parte de EBY, mucho tiempo después de firmado el contrato de construcción, luego de que la controversia no pudo ser zanjada por negociaciones directas ni por la mediación del Dr. Kissinger y finalmente debió ser sometida a un arbitraje internacional, que las partes convinieron fuera de la ICC, firmando el respectivo compromiso arbitral por separado del contrato base⁵⁹. Todo lo demás que sigue hasta el presente motivará un laudo, cuyos términos se desconocen, y que en caso de prosperar a favor de Eriday no podrá percibir en la República Argentina, ya que difícilmente se vislumbra un Gobierno arriesgando

su capital político, y preferirá por ello que la Justicia decida la nulidad del laudo, si Eriday pretende su cobro en el país, tema improbable, ya que Eriday, de prosperar aunque fuera parcialmente su reclamo, es más probable que intente buscar su ejecución en una jurisdicción más proclive a dar respaldo jurídico real a la autonomía arbitral.

5. CONCLUSIÓN

En el ínterin, la conclusión que tal vez el jurista VÍCTOR PARODI tuvo en cuenta al decir que el arbitraje en Argentina retrocedió 80 años después de Cartellone como se vio en Yaciretá, pueda ser profética y explica lo que llamó la paradoja argentina, en la que distinguidos publicistas, constitucionalistas y expertos en arbitraje coinciden con todos los progresos del arbitraje en este siglo en el que en el término de diez años ha dado un salto cuántico, pero el país como tal, no tiene política alguna en materia arbitral, mantiene un vetusto Código de Procedimientos, ignora todos los movimientos de reforma, que no he comentado por exceder el marco de este trabajo y elaborados por distinguidos expertos argentinos, y deja a la justicia que decida los temas difíciles, complejos,

⁵⁸ Ver BIANCHI, Alberto. Cuando los jueces vienen marchando (en contra del arbitraje). La Ley, suplemento de Derecho Constitucional cuya lectura recomiendo.

RIVERA, Julio. *Op. cit.*, señalando que las dos cuestiones que motivaron la suspensión del procedimiento arbitral hasta que se decidiera la causa judicial habían sido resueltas claramente en el marco del Reglamento de arbitraje de la CCI, al cual las partes se habían sujetado en el Compromiso Arbitral.

PARODI, Gustavo, nota citada, ver *supra*.

⁵⁹ RIVERA, Julio. *Op. cit.*, p. 500, que el fallo sólo fue defendido por Héctor Masnatta, que fue abogado de EBY y luego árbitro de parte, y José O. Casas, que en el informe a la Academia hizo una patética defensa del pronunciamiento carente de fundamentación jurídica (nota 34).

difícilmente populares, sentando criterios coyunturales, tal vez útiles para un caso, que quedan luego como jurisprudencia a contramano de los precedentes, y que amplían permanentemente el control judicial sobre el arbitraje.

La reseña de los casos que he puesto de manifiesto implica que en el arbitraje privado los tribunales han, claramente en algunos casos, acompañado a la doctrina, en otros, han tenido actitudes contradictorias, basadas en una concepción del arbitraje como un hermano menor de la justicia, encarnada en los tribunales judiciales, que cuentan con herramientas aptas que les permite suspender el procedimiento arbitral en cuestiones de competencia con la simple promoción de una demanda judicial. Los casos Cartellone y Yaciretá han vertido sobre el arbitraje internacional argentino un cono de sombra, del cual los abogados internacionales sacan como conclusión que en la República Argentina no es un buen lugar para arbitrar contra el Estado o para ejecutar sentencias contra el Estado. Curiosamente, un autor venezolano, ALFREDO DE JESÚS, al comentar el fallo de la sentencia 4650 de la Sala Político-Administrativa del Tribunal Supremo *in re* Inmunolab C.A. c/ Becton Dickinson Venezuela C.A., que confirmó que el acuerdo de arbitraje trae como efecto la declaratoria de la falta de jurisdicción del Poder Judicial.

El autor se emociona señalando que desde 1998, fecha de entrada en vigencia de la ley de Arbitraje Comercial, es la *segunda vez* que la Sala declaró que

el Poder Judicial no tiene jurisdicción, cuando el magistrado de primera instancia manda su sentencia en consulta, procedimiento ilegal e inconstitucional según el autor, quien también se lamenta de que, teniendo Venezuela un marco regulatorio magnífico en cuanto a la validez y eficacia del acuerdo de arbitraje, la voluntad de constituyentes y legisladores se ha visto opacada por la falta de respuestas coherentes del Poder Judicial con el marco regulatorio⁶⁰.

Por otra parte, debe destacarse que el Estado, en la actualidad, prefiere esta situación en vista de la suerte que ha corrido en los arbitrajes internacionales de inversión, hasta ahora, más adversa que favorable, que son parte de una asignatura pendiente que debiera haber sido resuelta con una política de Estado frente a las empresas en la sala de negociaciones y no en litigios, o en una toma de posición para el futuro sobre la conveniencia de renegociar la mayor parte de los BITS que se encuentran vencidos por vencimiento del plazo original, posición que sostengo desde 1998. En este contexto la posibilidad de que aliente una ley moderna de arbitraje carece de prioridad, mucho menos como he señalado cuando la facultad de dictar tal ley, desde el punto de vista constitucional, requiere de la adhesión de las Provincias argentinas, ya que todo lo que es procedimiento es materia reservada a ellas, que incluso pueden celebrar de acuerdo con el art. 124° de la Constitución vigente, convenciones

⁶⁰ DE JESÚS, Alfredo. El Dial DC 11 D8, 25-09-09.

internacionales en la materia, lo que hasta ahora no han intentado⁶¹. Por esa misma razón he sostenido anteriormente que la mejor manera de ordenar el tema es dictar una ley federal de arbitraje invitando a las provincias argentinas a su adhesión,

que trate el arbitraje internacional y el nacional, o uno de ambos, pero que supere los arcaicos principios de los códigos provinciales de arbitraje y el mismo Código de Procedimientos utilizado en el orden nacional⁶².

⁶¹ Nota del autor. "Ejecución de laudos en el MERCOSUR". Centro de Arbitraje de Lima, Perú, 2008. El artículo 121° de la Constitución argentina vigente dispone que las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación.

El art 124° dispone que las Provincias (...) podrán celebrar convenios internacionales en tanto no sean incompatibles con la política exterior de la Nación y no afecten las facultades delegadas al Gobierno Federal o el crédito público de la Nación, con conocimiento del Gobierno Federal (...).

⁶² Conf. NOOD TAQUELA, María Blanca. *Proyecto de ley argentina de arbitraje*. Montevideo: Liber Amicorum-Jurgen Samleben, 2002.

LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE EN EL DERECHO ARGENTINO

IGNACIO J. MINORINI LIMA (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La autonomía del acuerdo de arbitraje: lineamientos básicos.* 3. *El principio de autonomía en el derecho argentino.* 3.1. *La situación legislativa.* 3.2. *La situación en la jurisprudencia.* 4. *Consideraciones finales.*

1. INTRODUCCIÓN

El criterio que las legislaciones nacionales y los pronunciamientos de los tribunales judiciales adoptan sobre el carácter autónomo del acuerdo arbitral respecto del contrato base refleja, en cierta medida, la concepción que ellos tienen del arbitraje como método de resolución de controversias.

En aquellas jurisdicciones donde el arbitraje es considerado una vía efectiva y confiable, que actúa como una herramienta que contribuye a la administración de justicia por un canal alternativo a los tribunales estatales, la legislación y jurisprudencia han otorgado, en general, autonomía al acuerdo arbitral, reduciendo de este modo la injerencia del Poder Judicial en controversias que las partes decidieron someter a arbitraje. En

consonancia con ello, ante la existencia de diferencias entre las partes sobre la vigencia o validez del contrato al que el convenio arbitral hace referencia, los tribunales de justicia le otorgan autonomía al acuerdo de arbitraje y tienden a mantener vigente, en consecuencia, la obligación de arbitrar.

Un enfoque diferente se observa en aquellas jurisdicciones cuya tradición ha sido, por lo general, adversa al arbitraje. La legislación vigente en esas jurisdicciones no sigue los lineamientos modernos en materia arbitral y sus tribunales judiciales conciben a ese método de resolución de disputas como poco confiable por diversos motivos —entre otros, por la falta de un cuerpo de jurisprudencia, por desplazar la administración de justicia como función indelegable del Estado, por su flexibilidad que puede derivar en conductas abusivas por la parte que ostente mayor poder de

(*) Abogado de Marval, O'Farrell & Mairal, Buenos Aires, Argentina.

mercado—. El arbitraje es considerado una excepción a la regla general de resolución de controversias por el Poder Judicial y, de allí que el acuerdo arbitral deba ser observado de cerca por los tribunales de justicia, reconociéndole, a lo sumo, una autonomía acotada.

La situación en el derecho argentino es particularmente interesante. El arbitraje ha sido legislado en la Argentina desde prácticamente la fundación del Estado¹. Sin embargo, no ha tenido históricamente un desarrollo significativo más allá de que en las últimas décadas se ha observado un movimiento favorable a su promoción acorde con la tendencia global en la materia.

En ese contexto, se han impulsado recientemente reformas legislativas para adoptar la ley modelo UNCITRAL o establecer un régimen arbitral inspirado en sus disposiciones —las que, hasta la fecha, no han prosperado—. En el ámbito jurisprudencial, si bien mantienen cierta vigencia al día de hoy algunos criterios que no se condicen con la naturaleza del instituto y la lógica de su implementación, la jurisprudencia ha confirmado

paulatinamente concepciones modernas sobre el arbitraje y, particularmente, se ha expedido en las últimas décadas respecto del carácter autónomo del acuerdo arbitral en pronunciamientos de los que podría derivarse una tendencia hacia la afirmación de ese principio.

2. LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE: LINEAMIENTOS BÁSICOS

La autonomía o separabilidad del acuerdo arbitral² respecto del contrato al que hace referencia constituye un principio fundamental para el desarrollo del arbitraje.

En función de este principio, el acuerdo de arbitraje constituye un contrato en sí mismo. Sin perjuicio de que se encuentre incorporado en el mismo instrumento que contiene al contrato base o en uno separado, el convenio arbitral tiene una existencia y efectos independientes respecto de aquél. La nulidad o ineficacia con que se encuentre viciado el contrato base no afecta necesariamente³ la vigencia del

¹ Ver ROJAS, Jorge A. “La cuestión de la competencia en el arbitraje”, *El Derecho* T. 228, p. 283.

² En general, en los países del *Common Law*, se conoce al instituto como la doctrina de la separabilidad, mientras en aquellas jurisdicciones de tradición continental europea, la referencia a la autonomía o independencia de la cláusula arbitral prevalece sobre aquella otra denominación. Más allá de las razones que fundan una y otra posición, el aspecto central del análisis debe focalizarse en los efectos o consecuencias jurídicas del principio, con prescindencia de la calificación que se adopte.

³ Existen supuestos en los que la causal de invalidez o ineficacia del contrato base afecta, asimismo, el convenio arbitral. Situaciones de esa naturaleza de ninguna manera implican negar la autonomía del convenio de arbitraje. Simplemente, se trata de casos en los que los dos contratos —el base y el acuerdo arbitral— contienen idénticos vicios. En su opinión en el caso *Premium Nafta Products Limited (20th Defendant) and others (Respondents) v. Fili Shipping Company Limited (14th Claimant) and others (Appellants)* (Session 2006-07 [2007] UKHL 40), LORD HOFFMAN sostuvo: “*The arbitration agreement must be treated as a ‘distinct agreement’ and can be void or voidable only on grounds which relate directly to the*

acuerdo arbitral⁴. Del mismo modo, la terminación de ese contrato por cualquier causa no implica por sí la extinción del acuerdo de arbitraje⁵.

Los efectos jurídicos del principio de la autonomía se extienden más allá de

la no afectación *ipso iure* del acuerdo de arbitraje frente a la invalidez del contrato base. El reconocimiento de la autonomía permite también que el convenio arbitral pueda encontrarse regido por una ley diferente de aquella aplicable al contrato subyacente⁶ y, para un sector de la

arbitration agreement. Of course there may be cases in which the ground upon which the main agreement is invalid is identical with the ground upon which the arbitration agreement is invalid. For example, if the main agreement and the arbitration agreement are contained in the same document and one of the parties claims that he never agreed to anything in the document and that his signature was forged, that will be an attack on the validity of the arbitration agreement. But the ground of attack is not that the main agreement was invalid. It is that the signature to the arbitration agreement, as a 'distinct agreement', was forged. Similarly, if a party alleges that someone who purported to sign as agent on his behalf had no authority whatever to conclude any agreement on his behalf, that is an attack on both the main agreement and the arbitration agreement" (disponible en <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200607/ldjudgmt/jd071017/ship-1.htm>, última visita: 25 de enero de 2010).

⁴ La doctrina y jurisprudencia de tribunales nacionales mantienen criterios diversos sobre la aplicación del principio de autonomía a aquellos casos en los que se sostiene la inexistencia del contrato base. La posición que parece prevalecer es aquella que afirma la autonomía aun en esos supuestos. Ver GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John (editores), *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 1999, pp. 210-211. Al respecto, ciertos reglamentos de arbitraje como el de la CCI (artículo 6°(4)) o el CIRD (artículo 15°(2)) establecen el principio en términos amplios, previendo su aplicación incluso ante alegaciones de inexistencia del contrato base. Ver, en relación con ello, DERAIS, Yves y SCHWARTZ, Eric, *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*, 2° edición, Kluwer Law International, La Haya, 2005, p. 112; BÜHLER, Michael W. y WEBSTER, Thomas H., *Handbook of ICC Arbitration. Commentary, Precedents, Materials*, Thomson, 2005, p. 100. Rechazar la aplicación de la doctrina de la autonomía en esos casos facilitaría una válvula de escape para evitar la jurisdicción arbitral. Ver GAILLARD y SAVAGE, *op. cit.*, pp. 210-211. Desde la perspectiva opuesta, cierta doctrina y jurisprudencia —como, por ejemplo, el caso *Pollux Marine Agencies v. Louis Dreyfus Corp.* resuelto por la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos —Segundo Circuito— (455 F. Supp. 211 - S.D.N.Y., 1978)— han rechazado la aplicación del principio de autonomía frente a alegaciones de inexistencia del contrato base con fundamento en el principio *ex nihilo nihil fit* (nada surge de la nada) en la medida en que la cláusula arbitral no podría ser considerada autónoma o separable de algo cuya existencia es cuestionada. En relación con ello, PIETER SANDERS ha sostenido: “[t]here is, however, one important exception to this principle. This is the case where the existence of the contract itself is contested. If the question arises whether the parties have indeed concluded a contract containing an arbitration clause, the jurisdiction of the arbitrator is put in question. If there is no contract at all, the legal basis of the arbitrator's powers which reside in the arbitration clause found in the contract 'is also missing'" ("L'autonomie de la clause compromissoire", en *Hommage à Frédéric Eisemann* 31, (ICC Publication No. 321, 1978), p. 32).

⁵ GAILLARD y SAVAGE (editores). *Op. cit.*, p. 210; PLOUDRET, Jean-François y BESSON, Sébastien, *Comparative Law of International Arbitration*. Sweet & Maxwell, 2007, p. 133; RIVERA, Julio César, *Arbitraje Comercial Internacional y Doméstico*. 1ª edición. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2007, pp. 102-105. Desde la perspectiva inversa, las circunstancias que afecten el convenio arbitral no se trasladan automáticamente al contrato base. Ver BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Vol. I. Kluwer Law International, 2009, pp. 405-407.

⁶ Si bien la Convención de Nueva York de 1958 no se pronuncia expresamente sobre el carácter autónomo del acuerdo de arbitraje —lo que ha dado lugar a divergencias en la doctrina sobre

doctrina, constituye un pilar sobre el que se funda el principio *kompetenz-kompetenz*⁷.

La doctrina de la autonomía ha sido incorporada, implícita o explícitamente, en convenciones internacionales⁸, normas modelo⁹ y reglamentos de arbitraje¹⁰. Asimismo, la mayoría de las

jurisdicciones con una práctica arbitral moderna han explicitado el principio en su legislación interna o bien lo han afirmado jurisprudencialmente¹¹.

La falta de reconocimiento de este principio limitaría significativamente la efectividad del arbitraje. Bastaría que una parte alegara una causal de

la existencia de un reconocimiento implícito del principio— en su artículo 5.1ªa) admite que el acuerdo arbitral puede encontrarse sujeto a un ley propia, la que no necesariamente debe coincidir con aquella aplicable al contrato base. El artículo mencionado dispone: “1. Sólo 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 ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución: a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia” (el subrayado me pertenece).

⁷ Ver GAILLARD y SAVAGE (editores). *Op. cit.*; p. 209 y BORN. *Op. cit.*; pp. 402-404, quienes señalan, adecuadamente, que si bien el principio *kompetenz-kompetenz* se encuentra estrechamente vinculado con el de autonomía y persiguen una similar finalidad, constituyen nociones diferentes, pudiendo cualquiera de ellas existir sin la otra. El principio *kompetenz-kompetenz* faculta a los árbitros a expedirse sobre su propia competencia en los casos en que la validez, alcance o existencia del acuerdo de arbitraje fuera cuestionado. En cambio, la doctrina de la autonomía prevé el supuesto de que lo controvertido fuera la validez o existencia del contrato base. En este sentido, explica BORN: “... *national law could recognize the separability presumption, and thereby provide that challenges only to the underlying contract are not jurisdictional challenges to the arbitrators' powers, but that, where true jurisdictional objections to the validity or existence of the arbitration agreement are made, there is no rule of competence-competence and the objections must be resolved by national courts*” (BORN, *op. cit.*, pp. 403-404). Ver, asimismo, PARK, William, “Determining an Arbitrator's Jurisdiction: Timing and Finality in American Law”, 8 Nev. L.J. 135, pp. 137-138 y “Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks between Courts and Arbitrators”, 8 Am. Rev. Int'l Arb 133, pp. 142-144. En sentido similar, LEW, MISTELIS y KRÖLL afirman: “*While the doctrine of competence-competence empowers the tribunal to decide on its own jurisdiction, the doctrine of separability ensures that it can decide on the merits*” (LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A. y KRÖLL, Stefan, *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, p. 102).

⁸ Ver, por ejemplo, Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR, artículo 5º y Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, artículos 1.2.a) y V.3.

⁹ El principio se encuentra reconocido en la ley modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional tanto en su versión original de 1985 y la más reciente con las enmiendas aprobadas en 2006 (artículos 7º(1) y 16º(1)).

¹⁰ Ver, entre otros, Reglamento de arbitraje de la CCI, artículo 6(4) (cuya versión de 1955 ya reconocía la doctrina de la autonomía, siendo la CCI la primera institución de arbitraje de renombre de incorporarla explícitamente en sus reglas); Reglamento de Arbitraje de la LCIA, artículo 23º(1); Reglamento de Arbitraje de CNUDMI (UNCITRAL), artículo 21º(2); Reglamento de Arbitraje Internacional del CIRD, artículo 15º(2).

¹¹ BORN, *op. cit.*, pp. 322-344; GAILLARD y SAVAGE (editores), *Op. cit.*, pp. 202-206.

invalidez o inexistencia del contrato –o cualquier causa de terminación– para que la controversia se sustrajera de la jurisdicción arbitral y debiera ser sometida ante los tribunales judiciales¹².

El principio de autonomía responde a razones de orden práctico y refleja lo que constituye generalmente el común entendimiento de quienes celebran un acuerdo arbitral¹³. La autonomía de la cláusula arbitral no hace sino proteger el principio de *pacta sunt servanda*, permitiendo que el convenio de arbitraje resulte eficaz en situaciones en las que razonablemente las partes así lo entendieron.

Cuando las partes de un contrato convienen el arbitraje en términos amplios pretenden, en general, que ese mecanismo resulte aplicable a cualquier clase de disputa, sin efectuar distinciones entre las que acuerdan someter a arbitraje

y aquellas sobre las que debería seguir entendiendo la justicia ordinaria¹⁴. Las partes desean evitar las consecuencias disvaliosas que presentan los casos de procedimientos paralelos o vinculados¹⁵. Por ello, generalmente contemplan el arbitraje para *cualquier o toda* controversia derivada del contrato y sólo de manera excepcional excluyen cierto tipo de disputas del ámbito de aplicación del convenio arbitral¹⁶.

En función de lo expuesto, ante la ausencia de elementos que impongan una interpretación opuesta, resulta razonable considerar que las partes de un acuerdo de arbitraje han tenido intención de recurrir a un procedimiento arbitral para resolver todas sus controversias, incluso aquellas relativas a la validez, existencia o terminación del contrato. De otro modo, habrían excluido expresamente esa clase de disputas del ámbito de aplicación del acuerdo.

¹² En este sentido expresan REDFERN y HUNTER: "(...) sería totalmente contraproducente que el incumplimiento del contrato o la petición de su nulidad bastaran para poner fin también a la vigencia de la cláusula compromisoria, ya que es una de las situaciones en las que más se precisa dicha cláusula". REDFERN, Alan y HUNTER, Martin con BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constantine. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 4^o edición (edición en español revisada y adaptada por Noiana MARIGO y Felipe OSSA), Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 257. Ver, asimismo, LEW, MISTELIS y KRÖLL. *Op. cit.*; p. 102; BORN, *Op. cit.*; p. 357; GRIGERA NAÓN, Horacio A., "La autonomía del acuerdo arbitral". La Ley 1989-D, p. 1109.

¹³ El principio también encuentra fundamento en la diversa naturaleza del acuerdo arbitral respecto del contrato base. Este último tiene por objeto regular la relación jurídica sustancial del intercambio comercial entre las partes, mientras la función del convenio arbitral presenta un carácter esencialmente procedimental. Ver, al respecto, REDFERN y HUNTER con BLACKABY y PARTASIDES, *Op. cit.*; p. 258.

¹⁴ SCHWEBEL, Stephen, *International Arbitration: Three Salient Problems*. Cambridge. Grotius Publications, 1987, pp. 3-5.

¹⁵ BORN, *Op. cit.*; pp. 351-353.

¹⁶ Las instituciones arbitrales han incorporado lo que constituye este común entendimiento de los contratantes sobre el alcance de la cláusula arbitral y, en función de ello, recomiendan que las cláusulas arbitrales sean redactadas en términos amplios, limitando los supuestos de excepción a casos expresa y específicamente establecidos.

3. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN EL DERECHO ARGENTINO

3.1. La situación legislativa

La República Argentina no cuenta con una legislación moderna en materia de arbitraje. Si bien se han presentado, en reiteradas oportunidades, proyectos de leyes para adoptar la ley modelo UNCITRAL a nivel federal o establecer un régimen arbitral inspirado en sus disposiciones, lamentablemente esas iniciativas no han prosperado.

La normativa federal interna en materia de arbitraje se reduce a escasas disposiciones contenidas en el *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, que conforman un régimen incompleto y desactualizado¹⁷.

Así, por ejemplo, a diferencia de la tendencia observada en el derecho comparado, las normas modelo y la práctica arbitral, la legislación argentina (i) prevé aun la suscripción de un compromiso arbitral por las partes luego de surgida la controversia debiendo iniciarse un juicio de constitución de

tribunal arbitral en el supuesto de que la demandada se negare a suscribirlo; (ii) establece que si las partes nada hubiesen estipulado sobre el carácter del arbitraje en el compromiso arbitral –de derecho o amigables componedores– se entenderá que el arbitraje será de amigables componedores; (iii) dispone que, en el supuesto de que las partes no hubieran acordado el procedimiento, los árbitros observarán las normas del juicio ordinario –cuya rigidez por tratarse de disposiciones previstas para un proceso judicial no se condice con la flexibilidad inherente al arbitraje–; (iv) no regula el arbitraje internacional más allá de establecer los casos en que se autoriza la prórroga de la competencia territorial y disponer las normas relativas al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros; y (v) a falta de renuncia expresa por las partes, dispone la admisibilidad del recurso de apelación contra los laudos, en cuyo marco los tribunales judiciales pueden revisar el fondo de lo resuelto por el tribunal arbitral.

El *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación* no reconoce expresamente el principio de autonomía del acuerdo de arbitraje¹⁸. No obstante ello y si bien resulta-

¹⁷ Las disposiciones del código resultan aplicables para los casos en que –ante la ausencia de convenio arbitral– la cuestión hubiera debido ser sometida ante los tribunales federales o ante los tribunales nacionales con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Como bien se ha señalado, los regímenes arbitrales vigentes a nivel provincial presentan similares o mayores deficiencias que los existentes a nivel federal. Ver AGUILAR, Fernando, “¿Para qué sirve una ley nacional de arbitraje?”, *La Ley* del 19 y 20 de enero de 2005, p. 1.

¹⁸ El artículo 752° de ese código ha generado ciertas dudas interpretativas. Esa disposición establece: “Si a los árbitros les resultare imposible pronunciarse antes de que la autoridad judicial haya decidido alguna de las cuestiones que por el artículo 737° no pueden ser objeto de compromiso, u otras que deben tener prioridad y no les hayan sido sometidas, el plazo para laudar quedará suspendido hasta el día en que una (1) de las partes entregue a los árbitros un testimonio de la sentencia ejecutoriada que haya resuelto dichas cuestiones”. Para un sector de la doctrina, el artículo citado limitaría el principio *kompetenz-kompetenz*.

ría deseable una disposición legislativa que de modo general admitiera la vigencia de ese principio, la República Argentina ha ratificado convenciones internacionales que regulan favorablemente la cuestión de la autonomía.

El Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional del MERCOSUR¹⁹ prevé en su artículo 5º que “la convención arbitral es autónoma respecto del contrato base. La inexistencia o invalidez de éste no implica la nulidad de la convención arbitral”²⁰. Si bien no con la claridad que presenta el acuerdo del MERCOSUR, la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías incorpora,

asimismo, la doctrina de la autonomía del acuerdo de arbitraje²¹.

Pese al restrictivo ámbito de aplicación de uno y otro tratado, su incorporación en el derecho argentino constituye un avance significativo y facilita la extensión del principio a situaciones o materias no comprendidas por ellos a través de interpretaciones integradoras y del recurso a principios generales en la materia.

3.2. La situación en la jurisprudencia

Históricamente, la jurisprudencia no ha mantenido una posición uniforme respecto de la autonomía del acuerdo de

Ante la alegación por una de las partes que determinada materia no es arbitrable –por no ser susceptible de transacción de conformidad con el derecho argentino– la cuestión debería someterse a decisión de los tribunales judiciales, quedando el tribunal arbitral privado de competencia al respecto. A partir de lo expuesto en esa norma, podrían derivarse indicios –de manera alguna concluyentes– sobre el carácter accesorio que para el referido código tendría el acuerdo de arbitraje respecto del contrato principal y extenderse las conclusiones sobre la ausencia del principio *kompetenz-kompetenz* a la autonomía de la cláusula de arbitraje –sin perjuicio de las diferencias conceptuales existentes entre uno y otro principio–. Ver, en sentido crítico a esta posición, CAIVANO, Roque, *Arbitraje*, 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 161-162.

¹⁹ Vigente para todos los Estados parte del MERCOSUR (Argentina, Brasil, Paraguay y Bolivia) a partir del 25 de enero de 2008. Ver <http://www.mre.gov.py/dependencias/tratados/mercosur/registro%20mercosur/mercosurprincipal.htm> (última visita: 25 de enero de 2010).

²⁰ Idéntica disposición contiene el aún no vigente Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional entre el MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile (MERCOSUR/CMC/DEC. N° 04/98).

²¹ El artículo 81º(1) de la convención establece: “La resolución del contrato liberará a las dos partes de sus obligaciones, salvo a la indemnización de daños y perjuicios que pueda ser debida. La resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución”. El principio también se encuentra contemplado –si bien indirectamente– por la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá). Su artículo 3º dispone que ante la falta de acuerdo entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo por el reglamento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial –CIAC. Este último en el artículo 18º(2) reconoce el principio de la autonomía en los siguientes términos: “El tribunal arbitral está facultado para determinar la existencia o la validez del contrato del que forma parte una cláusula compromisoria o el convenio arbitral. A los efectos de este artículo, una cláusula compromisoria o convenio arbitral que forma parte de un contrato y que disponga la celebración del arbitraje con arreglo al presente reglamento, se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la invalidez de la cláusula compromisoria o del convenio arbitral”.

arbitraje. Ha reconocido el principio en ciertos casos y afirmado, en consecuencia, la competencia de los tribunales arbitrales para entender en controversias en las que una de las partes alega la invalidez o terminación del contrato base. Sin embargo, ciertos pronunciamientos judiciales han adoptado una posición opuesta. Esta ambivalencia puede observarse, incluso, en antiguos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En un caso del año 1918 en el que la provincia de Buenos Aires había declarado caduco un contrato de concesión otorgado a Otto Franke y Cía. para la construcción y explotación de un ferrocarril eléctrico que debía unir La Plata con Avellaneda, la Corte se pronunció en sentido favorable a la autonomía de la cláusula arbitral²².

En el caso, la provincia de Buenos Aires sostuvo que el arbitraje no debía proceder toda vez que la caducidad del contrato había hecho desaparecer la obligación de someter las divergencias entre las partes a juicio arbitral. La Corte rechazó la posición de la demandada. Para así decidir, sostuvo: “(...) la ley de concesión y [el] contrato respectivo deja libradas a la decisión arbitral todas las cuestiones que puedan surgir entre el gobierno y los concesionarios, sin limitarlas en forma alguna, y por consiguiente, no es posible admitir que la caducidad del contrato esté excluida de las que deben someterse al juicio de árbitros arbitradores”. En función de ello, el máximo tribunal declaró que

la provincia de Buenos Aires estaba obligada a concurrir a la formación del tribunal arbitral.

Sin embargo, en un fallo posterior, la Corte adoptó el criterio opuesto²³. En el caso, la actora –Empresa Constructora F. H. Schmidt– interpuso demanda judicial contra la provincia de San Juan con el objeto de que se declarara rescindido un contrato de construcción de obras de ampliación de una bodega estatal. La demandada opuso excepción de incompetencia con fundamento, entre otras razones, en la existencia de un acuerdo de arbitraje y sostuvo, en cuanto al fondo, la nulidad del contrato de construcción. La Corte afirmó su propia competencia para conocer en la controversia, desconociendo tanto el principio *kompetenz-kompetenz* como el de autonomía del convenio arbitral. Por un lado, consideró –a partir de una interpretación restrictiva de la cláusula arbitral– que la cuestión relativa a la rescisión o nulidad del contrato se refería a un supuesto distinto al que las partes habían acordado someter a arbitraje (casos en que la ejecución del contrato suscitara divergencias entre las partes). Sin embargo, la Corte fue más allá de negar competencia de los árbitros para resolver qué clase de controversias caían dentro del ámbito de aplicación del convenio de arbitraje. No distinguió que el convenio arbitral constituye un acuerdo independiente del contrato base y sostuvo al respecto que, “(...) no es concebible que árbitros cuya investidura nace del

²² Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Otto Franke y Cía. v. Provincia de Buenos Aires*, Fallos: 128:402 (19 de diciembre de 1918).

²³ Corte Suprema de Justicia de la Nación, *Empresa Constructora F. H. Schmidt v. Provincia de San Juan*, Fallos: 181:306 (24 de agosto de 1938).

contrato fueran quienes fallaran sobre la validez o su caducidad”.

Los fallos citados datan de más de siete o nueve décadas atrás. Si bien constituyen elementos de necesario análisis, parecería difícil que pueda desprenderse de ellos una posición concluyente sobre el criterio que adoptaría la Corte Suprema actualmente. Frente al desarrollo teórico y práctico que ha tenido el arbitraje en las últimas décadas y la incorporación al régimen jurídico argentino de normas internacionales que implícita o expresamente afirman la autonomía del convenio arbitral, muy probablemente el máximo tribunal

tendería a adoptar posiciones que fomentaran la resolución de conflictos por la vía arbitral por sobre aquellas que limitaran la efectividad práctica de ese instituto.

La jurisprudencia de tribunales de segunda instancia registra, asimismo, tanto precedentes favorables como adversos²⁴ a la autonomía del pacto arbitral. Sin embargo, la situación jurisprudencial se presenta más clara en tiempos recientes. Pronunciamientos de los últimos años de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial han marcado cierta tendencia a afirmar el principio de autonomía²⁵.

²⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala B, *Cimic (Soc. de Resp. Ltda.) c. Silva, Ricardo B.*, sentencia del 30 de septiembre de 1955, La Ley T. 82, p. 402; *Hadra y Cía., S.A. c. Ferriarini, Dardo*, sentencia del 30 de julio de 1965, La Ley T. 120, p. 322. En el fallo *Corporación Cementera Argentina (S.A.) c. Cía. Argentina de Motores Deutz Otto Legítimo (S.A.)* (sentencia del 31 de julio de 1948, La Ley T. 52, p. 23), la entonces Cámara Comercial de la Capital Federal efectuó un reconocimiento parcial del principio de la autonomía. Respecto de la cuestión específica sometida a su conocimiento afirmó que, pese a la alegación de la demandada sobre la extinción por transacción del contrato base, la cláusula arbitral mantenía su vigencia “[...] ningún tribunal de justicia está habilitado para declarar la caducidad o vigencia, parcial o total del contrato de fs. 5, frente a una estipulación del mismo por la que se establece que toda diferencia que pudiera suscitarse sobre la interpretación de sus cláusulas y que no pueda dilucidarse entre los compradores y vendedores, será sometido a resolución de árbitros arbitradores el punto de eventual discusión y tanto más cuanto ha sido pactado con expresa y categórica prohibición de recurrir a tribunales de justicia [...]”. Sin embargo, sostuvo la Cámara en un *obiter dictum* que los tribunales judiciales resultarían competentes —desplazándose la jurisdicción arbitral pactada— en el supuesto en que una de las partes controviertiera la existencia misma del contrato o su validez “[...] de la existencia en sí del contrato, o sea cuando ello es negado, corresponde conocer a los tribunales de justicia porque media un desconocimiento del contrato, como igualmente les corresponde pronunciarse sobre la vigencia de la cláusula compromisoria, cuando por vicios que lo invaliden se articula la nulidad del contrato en que se ha pactado, porque sin contrato válido no puede haber cláusula compromisoria válida [...] Pero cuando sin desconocerse el contrato principal en sí, lo que se impugna es la vigencia de su cláusula compromisoria o accesorio como se le llama, por haberse extinguido aquél a mérito de un convenio posterior, que no lo dio por rescindido ni declaró la cláusula compromisoria sin valor ni efecto; si ésta rige con relación a las cuestiones posibles y facturas que le dieron nacimiento por libre albedrío de los contratantes, es de particular incumbencia de los arbitradores, y aun la misma nulidad (caducidad sería la expresión más exacta) puede ser decidida por los árbitros si la divergencia no llega al desconocimiento del contrato [...]”].

²⁵ Más allá de la tendencia favorable señalada, la posición de la jurisprudencia no es uniforme. La Sala C de la referida Cámara ha desconocido el principio de la autonomía en un reciente pronunciamiento en el que consideró que la competencia del tribunal arbitral no podía extenderse a supuestos en el que se cuestionaran aspectos relacionados con la validez

Al respecto, la citada Cámara ha sostenido que la forma en que se adopta el acuerdo de arbitraje es irrelevante en tanto “(..) no altera su naturaleza de convención autónoma, que puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero que no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción internacional para resolver una eventual controversia”²⁶. En sentido concordante, ha reconocido que la autonomía “(..) ha sido establecida a través de reglas precisas en la Convención de Viena del 11-4-90, (..) que en su artículo 81.1 dispone que la resolución del contrato no afectará las estipulaciones relativas a la solución de controversias, habiéndose entendido que se refiere a las cláusulas de selección del foro, entre las que se encuentra, sin dudas, el acuerdo arbitral”²⁷.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El principio de autonomía constituye una de las piedras basales del

arbitraje. Asegura la eficacia de los acuerdos arbitrales, evitando que las partes puedan sustraerse de su obligación de someter la controversia a árbitros alegando la inexistencia, nulidad o terminación del contrato base y limitando la interferencia de los tribunales de justicia en el procedimiento arbitral.

Más allá de la tendencia que puede desprenderse de cierta jurisprudencia de los tribunales argentinos y la existencia de convenios internacionales específicos de los que la República Argentina es parte que han reconocido la autonomía del acuerdo de arbitraje, la vigencia indubitable de ese principio en el derecho argentino requiere necesariamente la certidumbre que únicamente puede brindar un reconocimiento legislativo expreso en el marco de una ley de arbitraje. Sólo así se podrá asegurar la estabilidad y aplicación general del principio.

e incumplimiento del contrato base. Ver *Miracle S.A. y otro c. Fernández, Juan Carlos s/ ordinario*, sentencia del 15 de febrero de 2008, El Derecho T. 228, p. 280. Si bien el fallo no efectúa una transcripción del acuerdo de arbitraje, como bien señala RIVERA, no parece que haya existido una exclusión expresa de competencia para los supuestos en que se cuestionara la validez o cumplimiento del contrato. De haber sido ese el caso, la Cámara habría fundado su decisorio en la redacción textual de la cláusula. Ver RIVERA, Julio César, “Incomprensión judicial del arbitraje”, JA 2008-III-1122.

²⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala E, *Welbers S.A., Enrique C. c. Extraktionstechnik Gesellschaft Fur Anlagenbay M.B.M.*, sentencia del 26 de septiembre de 1988, La Ley 1989-E, p. 304; Sala A, *Camuzzi Argentina, S.A. c. Sodigas Sur, S.A. s/ sumario*, sentencia del 27 de agosto de 1999, El Derecho 185-125.

²⁷ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, Sala A, *Camuzzi Argentina, S.A. c. Sodigas Sur, S.A. s/ sumario*, sentencia del 27 de agosto de 1999, El Derecho 185-125. El principio de autonomía ha sido afirmado, asimismo, por la Sala D en *Bear Service S.A. c. Cervecería Modelo S.A.*, sentencia del 22 de febrero de 2002, La Ley 2002-D, p. 7. Ver, al respecto, RIVERA, Julio César, “Contrato resuelto: subsistencia de la cláusula arbitral y conflicto de competencia”, La Ley 2005-D, p. 156.

LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO ARBITRAL SEGÚN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 Y LA RECOMENDACIÓN DE UNCITRAL DE 2006^(*)

MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA ^(**)

JULIO CÉSAR CÓRDOBA ^(***)

SUMARIO: 1. *La forma del acuerdo arbitral.* 2. *La recomendación de UNCITRAL relativa a la interpretación de la Convención de Nueva York de 1958.* 3. *Métodos posibles de actualización de la Convención de Nueva York.* 4. *Carácter vinculante o no de la recomendación.* 5. *Forma escrita del acuerdo arbitral en la Convención de Nueva York.* 5.1. *Supuestos expresamente mencionados: Acuerdo firmado. Canje de cartas o telegramas.* 5.2. *Supuestos no incluidos expresamente.* 5.3. *Incorporación por referencia.* 5.4. *Acuerdos de arbitraje orales.* 5.5. *Acuerdos arbitrales por medios electrónicos.* 6. *El requisito de la forma escrita en algunos derechos nacionales.* 7. *Carácter no exhaustivo del artículo II.2 de la Convención de Nueva York, según la recomendación adoptada por UNCITRAL en 2006.* 8. *Aplicación de las normas más favorables a la validez formal del acuerdo. El artículo VII.1 de la Convención de Nueva York ¿a que derechos se refiere?* 9. *Conclusiones.*

1. LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL

El acuerdo arbitral es el presupuesto esencial del arbitraje comercial internacional, al punto que se ha dicho que constituye su verdadera piedra fundamental. En efecto, la validez del

acuerdo arbitral determina la competencia de los árbitros y los términos de la cláusula inciden en el desarrollo del arbitraje hasta el dictado del laudo definitivo. Es por esta razón que muchos instrumentos internacionales y leyes internas sobre arbitraje regulan los requisitos de validez del acuerdo arbitral, entre los cuales la

^(*) Este trabajo está basado en el artículo de los autores *¿En qué medida se ha eliminado la forma escrita del acuerdo arbitral en la Convención de Nueva York de 1958?*, publicado en Revista Latinoamericana de Mediación y Arbitraje Latin American Journal for Mediation and Arbitration, publicación electrónica disponible en <http://www.med-arb.net>,

^(**) Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires.

^(***) Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Buenos Aires.

forma escrita ha sido probablemente uno de los más significativos.

Precisamente, la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, firmada en Nueva York, el 10 de junio de 1958 (en adelante Convención de Nueva York) establece como requisito de validez del acuerdo arbitral que éste conste por escrito.

“Artículo II

1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje.

2. La expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas (...)

Se ha entendido tradicionalmente que la forma escrita, tiene como fundamento asegurarse que las partes sean conscientes de estar pactando un método privado de solución de conflictos y excluyendo la actuación de los tribunales estatales.

Pero por otro lado, las prácticas del comercio internacional, en lo que se refiere a las modalidades de contratación, parecían no estar contempladas adecuadamente por el tratado internacional, al menos si

se adoptaba una interpretación literal y estricta de sus normas.

Además, la aparición y el desarrollo creciente de los medios electrónicos de comunicación planteó la necesidad de replantear el concepto de forma escrita, tarea que abordó la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante UNCITRAL o la Comisión).

El 10 de junio de 1998 UNCITRAL celebró una jornada especial denominada el “Día de la Convención de Nueva York”, para conmemorar su cuadragésimo aniversario. En los informes presentados en esa conferencia se hicieron diversas sugerencias sobre algunos de los problemas que se habían observado en la práctica de la aplicación de la Convención con miras a emprender futuras labores sobre el tema.

En el siguiente período de sesiones de UNCITRAL, celebrado en 1999, la Comisión analizó el documento titulado “Posible labor futura en materia de arbitraje comercial internacional”¹ y resolvió encomendar la labor a uno de sus grupos de trabajo. Uno de los temas prioritarios a tratar fue el requisito de la forma escrita del acuerdo de arbitraje previsto en el artículo II.2 de la Convención de Nueva York y en el artículo 7.2 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (en adelante LMU).

El Grupo de Trabajo sobre Arbitraje comenzó a tratar el tema del requisito

¹ Documento A/CN.9/460. Todos los documentos elaborados por UNCITRAL y el grupo de trabajo se encuentran disponibles en el sitio <http://www.uncitral.org>.

de la forma escrita, el artículo II.2 de la Convención de Nueva York y la preparación de un instrumento interpretativo, en el período de sesiones 32º realizado en Viena del 20 al 31 de marzo de 2000. Continuó trabajando el tema en los períodos de sesiones 33º (Viena, 20 de noviembre a 1º de diciembre de 2000), 34º (Nueva York, 21 de mayo a 1º de junio de 2001), 36º (Nueva York, 4 a 8 de marzo de 2002) y 44º (Nueva York, 23 a 27 de enero de 2006).

2. LA RECOMENDACIÓN DE UNCITRAL RELATIVA A LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958

Finalmente el 7 de junio de 2006 UNCITRAL adoptó una recomendación en la que tuvo en consideración la importancia creciente del comercio electrónico y la existencia de leyes internas más favorables que la Convención de Nueva York en cuanto al requisito de forma aplicable a los acuerdos de arbitraje².

El texto de la recomendación aprobada es el siguiente:

“La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, (...)

1. Recomendamos que el párrafo 2) del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de

las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas;

2. Recomendamos que el párrafo 1) artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje”.

Con esta recomendación y con la aprobación de las modificaciones a la LMU, concluyeron en la reunión de Nueva York, que tuvo lugar del 19 de junio al 7 de julio de 2006³, los trabajos de UNCITRAL relativos a la forma escrita del acuerdo arbitral.

Nos proponemos analizar en este trabajo en qué medida la recomendación adoptada por UNCITRAL en 2006 ha eliminado la forma escrita del acuerdo arbitral en la Convención de Nueva York. Veremos también si la flexibilización de la exigencia de la forma escrita es obra de la recomendación o si el instrumento adoptado acepta el estado del tema según la jurisprudencia y la legislación existentes.

Para enfocar esta cuestión, analizaremos en primer lugar las distintas opciones metodológicas que contempló el grupo de trabajo para actualizar la

² Disponible en http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/2006recommendation.html.

³ Documento A/CN.9/592.

Convención de Nueva York (punto 3), deteniéndonos en el carácter vinculante o no de la recomendación adoptada (punto 4). A continuación intentaremos presentar un panorama de las interpretaciones que se han dado de la expresión “acuerdo por escrito” contenida en la Convención de Nueva York y de los distintos supuestos no incluidos expresamente en el artículo II.2, tales como la incorporación del acuerdo arbitral por referencia, los acuerdos orales y los celebrados por medios electrónicos (punto 5). Luego veremos el tratamiento dado al requisito de la forma escrita en algunos derechos nacionales, especialmente en legislaciones posteriores a la adopción de la LMU (punto 6).

A continuación analizaremos el carácter no exhaustivo del artículo II.2 de la Convención de Nueva York, según la recomendación adoptada por UNCITRAL en 2006 (punto 7). Por último abordaremos la aplicación del artículo VII.1 de la Convención de Nueva York en relación a la forma del acuerdo arbitral también teniendo en cuenta la recomendación de 2006. En particular nos proponemos ver a qué derechos se refiere el artículo VII.1 cuando establece la aplicación de las normas más favorables a la validez formal del acuerdo (punto 8).

3. MÉTODOS POSIBLES DE ACTUALIZACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Una de las circunstancias detonantes de la necesidad de actualización de los

requisitos de forma del acuerdo arbitral radicaba en las diversas interpretaciones dadas por los tribunales de distintos países al requisito enunciado en el artículo II.2 de la Convención de Nueva York.

Durante las discusiones del grupo de trabajo se expresaron diversas opiniones con respecto a la manera de actualizar la Convención de Nueva York. Según una opinión, las cuestiones relativas a la forma de la cláusula de arbitraje se deberían abordar mediante un protocolo adicional a la Convención. En apoyo de esta postura se explicó que la modificación del texto del artículo II.2 o una interpretación uniforme de la norma sólo se podían lograr con el nivel de autoridad necesario mediante disposiciones con fuerza de tratado como las de la Convención de Nueva York⁴.

Si bien esta opinión recibió cierto apoyo, se expresó la preocupación de que si se intentaba revisar la Convención de Nueva York se podían poner en peligro los excelentes resultados que se habían logrado a lo largo de 40 años de aplicación de la Convención en los más diversos países del mundo en el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

En respuesta a esa preocupación, sin embargo, se señaló que el propio éxito de la Convención de Nueva York y su reconocimiento como norma mundial deberían facilitar a UNCITRAL la tarea de abordar una revisión limitada del texto, si esa labor fuese necesaria para adaptar sus disposiciones a la realidad cambiante

⁴ Documento A/54/17, parágr. 347.

de la práctica comercial, y de mantener o restablecer su prestigio en la esfera del arbitraje comercial internacional.

También se sugirió la preparación de una convención independiente de la Convención de Nueva York que abordara las situaciones no comprendidas en la esfera de aplicación de ésta, entre ellas, por ejemplo, situaciones en que el acuerdo de arbitraje no cumpliera el requisito de forma establecido en el artículo II.2.

Afortunadamente prevaleció el parecer de que una enmienda formal de la Convención de Nueva York, o la elaboración de un protocolo adicional, podrían exacerbar aún más la falta de armonía en su interpretación. Otra circunstancia que no hacía recomendable este curso de acción era que probablemente se requeriría cierto número de años para obtener la aprobación de dicho protocolo o enmienda, lo que crearía aún más incertidumbre ya que coexistirían dos regímenes potencialmente aplicables.

Otro mecanismo sugerido fue la revisión del artículo II.2 a través de la aprobación de una ley modelo que permitiera sortear la exigencia de forma escrita de la Convención y aplicar las disposiciones más favorables contenidas en otros tratados o en los derechos nacionales, por el mecanismo previsto

en el párrafo 1 del artículo VII de la Convención de Nueva York. Se sugirió que cabría formular la disposición legal modelo conforme al enfoque menos estricto adoptado, por ejemplo, en las legislaciones de Suiza, Alemania, Países Bajos o Inglaterra⁵. Otra sugerencia, que abordaba la cuestión desde el ángulo del comercio electrónico, era la de promover la adopción de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre Comercio Electrónico de 1996, lo que tendría la ventaja de resolver la cuestión de la forma escrita desde una perspectiva más amplia que la de los acuerdos de arbitraje⁶.

Algunos miembros de UNCITRAL opinaron que en la mayoría de los casos las partes no tenían dificultades para cumplir los requisitos formales vigentes, que esos requisitos obligaban a las partes a considerar detenidamente la posibilidad de excluir la competencia judicial y que, por consiguiente, si algo había que hacer era limitarse a formular una guía práctica, directrices u otro tipo de instrumentos no vinculantes que pudieran utilizar los tribunales como guía para la aplicación de la Convención de Nueva York⁷.

Otro parecer fue que no se necesitaba ninguna disposición nueva ya que el artículo 7 de la LMU bastaba por sí solo para ofrecer una norma debidamente actualizada. Bastaría con que se fomenta-

⁵ Documento A/CN.9/468, párr. 91.

⁶ SORIEUL, Renaud, "UNCITRAL's Current Work in the Field of International Commercial Arbitration". En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 22. No. 6, 2005, pp. 543-567.

⁷ Informe de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la labor realizada en su 32º período de sesiones, 17 de mayo a 4 de junio de 1999, documento A/54/17, párr. 344 a 350.

ra una mayor difusión y una interpretación uniforme del régimen de la Ley Modelo para obtener eventualmente el grado de uniformidad internacional deseable.

Otra sugerencia fue que se adoptara una declaración, recomendación o resolución relativa a la interpretación de la Convención de Nueva York en la que se dispusiera que, para eliminar dudas, se habría de entender el artículo II.2 de la Convención como aplicable a determinados supuestos o como surtiendo determinados efectos. Se observó que aun cuando ese instrumento no fuera oficialmente aprobado con rango de tratado por los Estados miembros de la Convención de Nueva York, podría tener una fuerza persuasiva importante como documento auxiliar para su interpretación, conforme a lo previsto en la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados.

Al considerar la forma que cabría dar a dicho instrumento interpretativo se discutió también si debía tratarse de una recomendación o de una declaración interpretativa, posición esta última que contó con apoyo general en primera instancia⁸. Se expresó el parecer de que un instrumento en forma de recomendación suscitaría problemas a la hora de decidir a quién debía dirigirse esa recomendación.

4. CARÁCTER VINCULANTE O NO DE LA RECOMENDACIÓN

Al inicio de las deliberaciones, el Grupo de Trabajo intercambió pareceres sobre la índole vinculante del proyecto de instrumento interpretativo. Se expresaron inquietudes de que, puesto que a tenor de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no se consideraría como jurídicamente obligatorio ningún instrumento interpretativo emanado de algún otro órgano que no fueran los propios Estados Partes en la Convención de Nueva York, el instrumento así elaborado carecería de fuerza vinculante en el derecho internacional⁹.

En el Grupo de Trabajo se acordó en general que la declaración no tendría efectos vinculantes para los gobiernos, los tribunales nacionales y los árbitros a los que se dirigía. Se reconoció que el texto reflejaba meramente una convicción o un parecer de UNCITRAL que ésta sometía al examen de las personas encargadas de la interpretación del artículo II.2, en particular los jueces y los árbitros¹⁰.

GIUDITTA CORDERO MOSS entiende en la misma línea, que la declaración carece de todo efecto vinculante respecto de los estados y de los jueces que deban aplicar la Convención¹¹. La autora citada duda incluso que dicho instrumento pueda

⁸ Documento A/CN.9/485, parágr. 66. Finalmente UNCITRAL adoptó una recomendación en vez de una declaración interpretativa, como explicamos más abajo.

⁹ Documento A/CN.9/485, parágr. 62.

¹⁰ Documento A/CN.9/WG.II/WP.118, parágr. 30.

¹¹ CORDERO MOSS, Giuditta. "Risk of conflict between the New York Convention and newer arbitration-friendly national legislation?". En: *Stockholm Arbitration Report*, Stockholm, Juris Publishing, 2003, p. 10.

considerarse una interpretación autorizada de la Convención ya que UNCITRAL no puede ser considerado como el organismo productor de este tratado¹².

En la postura contraria se encontraba Toby LANDAU para quien no existían dudas respecto del efecto vinculante de una eventual declaración interpretativa emitida por UNCITRAL¹³.

Creemos que la cuestión relativa al carácter del documento quedó zanjada definitivamente con la decisión de UNCITRAL de emitir una recomendación y no una declaración interpretativa.

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional entendió que la finalidad del documento, en consonancia con el mandato de la propia Comisión, era proponer una interpretación favorable a la armonización de ciertas disposiciones de la Convención de Nueva York, sin que ello obstaculizara la competencia de los Estados Partes para formular declaraciones de carácter vinculante acerca de la interpretación de ese tratado.

Finalmente, con este trasfondo, la Comisión modificó el título del documento ya que resolvió que la forma más apropiada era la de una recomendación, en lugar de una declaración¹⁴.

En el Informe de la Comisión sobre la labor realizada en su 39º período de

sesiones de julio 2006 se analizó la pertinencia de que UNCITRAL emitiera una declaración sobre la interpretación de un tratado multilateral que había sido adoptado con anterioridad a la creación de la Comisión. Al respecto se señaló que la resolución 2205 (XXI) de la Asamblea General de Naciones Unidas, por la que fue creada la Comisión, le otorgaba mandato entre otras cosas, para promover “métodos y procedimientos para asegurar la interpretación y aplicación uniformes de las convenciones internacionales y de las leyes uniformes en el campo del derecho mercantil internacional”. Por consiguiente se consideró que la emisión de una recomendación que tuviera carácter persuasivo y no vinculante, en beneficio de los usuarios del tratado, incluidos los legisladores, los árbitros, los jueces y partes mercantiles, entraba en el ámbito de sus facultades.

5. FORMA ESCRITA DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

5.1. Supuestos expresamente mencionados: Acuerdo firmado. Canje de cartas o telegramas

La Convención de Nueva York de 1958, al reconocer y dar validez al

¹² CORDERO MOSS, Giuditta. “Form of Arbitration Agreements: Current Developments within UNCITRAL and the Writing Requirement of the New York Convention”. En: *ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Vol. 18 No. 2, 51, 2008, p. 58.

¹³ LANDAU, Toby. “The Requirement of a Written Form for an Arbitration Agreement. When “Written” Means “Oral””. En: *International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions*, I.C.C.A. Congress series no. 11. Kluwer, 2003, pp. 19-81, p. 78.

¹⁴ Documento A/61/17.

acuerdo arbitral por escrito (artículo II.1), dispone en su artículo II.2 que se entenderá como “acuerdo por escrito” una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

El grupo de trabajo II de UNCITRAL dedicado al arbitraje internacional y conciliación se dedicó a examinar las definiciones dadas por los tribunales a la expresión “acuerdo por escrito” contenida en la Convención de Nueva York, para ayudar a identificar las divergencias de los tribunales en la interpretación de la forma de los acuerdos de arbitraje¹⁵.

Así se recopilaron diversos casos de jurisprudencia en los que los tribunales estatales han exigido un cumplimiento estricto de los requisitos que establece el artículo II.2 y sólo han aceptado la ejecución de sentencias arbitrales si el contrato que contenía la cláusula arbitral o el acuerdo de arbitraje, habían sido firmados por las partes o estaban contenidos en canjes de cartas o telegramas. El grupo de trabajo de UNCITRAL cita casos de Noruega de 1999, de Países Bajos de 1982, de Alemania de 2002 y de España de 1998 en los que se exigió que el acuerdo estuviera firmado y otros de los Países Bajos de 1995, de Austria de 1991, Estados Unidos de América, tribunal de Nueva York de 1991 y tribunal

de Washington de 2000, en los que se requería que el acuerdo estuviera contenido en un canje de cartas o telegramas¹⁶.

La segunda parte del artículo II.2 de la Convención de Nueva York amplía el significado de “escrito”, al agregar los acuerdos arbitrales que han sido celebrados a través del intercambio de cartas y telegramas. En este caso se requiere una propuesta por escrito y la aceptación escrita de la otra parte, que debe ser comunicada a la parte proponente. La firma de las partes no es necesaria en este caso, es suficiente que las partes expresen su intención por escrito¹⁷.

La interpretación del artículo II.2 de la Convención de Nueva York ha llevado a considerar que la firma como requisito formal del acuerdo arbitral solamente es exigida cuando el acuerdo está contenido como cláusula de un contrato, pero no es necesaria cuando se trata de un intercambio de cartas. En estos casos el acuerdo arbitral será válido en cuanto a su forma incluso cuando alguna o ninguna de las cartas estuviera firmada, en la medida en que sea posible identificar al autor de la carta, utilizando todos los medios de prueba disponibles, tales como correspondencia, *affidavits*, declaraciones ante el tribunal arbitral y la participación de la parte interesada en los procedimientos arbitrales¹⁸.

¹⁵ Documento A/CN.9/WG.II/WP.139, parágr. 10.

¹⁶ Documento A/CN.9/WG.II/WP.139, parágr. 12 y notas 20 a 22.

¹⁷ AGUILAR ALVAREZ, GUILLERMO, “Article II(2) of the New York Convention and the Courts”. En *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, I.c.c.a.Congress series no. 9. Paris: Kluwer, 1999, pp. 67-81, pp. 72-73.

¹⁸ FOUCARD, PHILIPPE, GAILLARD, EMMANUEL y GOLDMAN, BERTHOLD. *On international Commercial Arbitration*, (Gaillard, Emmanuel y Savage, John, editores), The Hague/Boston/London, Kluwer Law International, 1999, parágr. 619, p. 377.

Hay casos en los que se ha resuelto que hay firma si se produce un cumplimiento combinado de requisitos alternativos de forma, reconociéndose así la validez de un acuerdo de arbitraje si las dos partes han cumplido, sea el requisito de la firma, sea el requisito del canje de documentos¹⁹.

Sin embargo, en los fallos dictados en Austria en 1979 y en Italia en 1991 se consideró que no existía acuerdo arbitral válido cuando sólo una parte había cumplido el requisito de que el acuerdo constara por escrito²⁰.

5.2. Supuestos no incluidos expresamente

Cuando UNCITRAL resolvió en 1999 encarar el tema de la actualización del párrafo 2 del artículo II de la Convención de Nueva York, señaló que tal vez se habría de prestar atención especial a determinadas situaciones de hecho que planteaban graves problemas a los efectos de la Convención, entre ellas las siguientes: aceptación tácita o verbal de una orden de compra por escrito; o un contrato concluido en forma verbal que se refiera a condiciones generales escritas; o ciertas notas de intermediarios, conocimientos de embarque y otros instrumentos o contratos por los que se

transfieran derechos u obligaciones a terceros no firmantes²¹.

Es que los requisitos de “firma” y “canje de cartas” necesariamente excluyen los contratos que han sido propuestos por escrito, pero han sido aceptados de un modo distinto a la forma escrita, por ejemplo verbalmente, por el cumplimiento, por una conducta o tácitamente²².

Una situación muy común no se encuentra cubierta por la Convención de Nueva York: las mercaderías son enviadas por el vendedor al comprador, junto con la confirmación de compra que contiene términos y condiciones, incluida una cláusula arbitral. El comprador recibe las mercaderías y paga el precio, pero no firma la confirmación de compra ni la devuelve al vendedor²³.

El problema ya había sido advertido muchos años antes, incluso antes de que se aprobara la Convención de Nueva York. El observador de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado presentó a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional, una declaración que lleva fecha del 28 de mayo de 1958²⁴. Allí puso de manifiesto que con motivo de la Conferencia en la que se aprobó la Convención sobre la Competencia del Foro Contractual en el Supuesto

¹⁹ Documento A/CN.9/WG.II/WP.139, parágr. 13.

²⁰ Documento A/CN.9/WG.II/WP.139, parágr. 13 y nota 28.

²¹ Documento A/CN.9/WG.II/WP.139, parágr. 1, p. 3.

²² LANDAU. *Op. cit.*; p. 27.

²³ LANDAU. *Op. cit.*; p. 27.

²⁴ <http://www.uncitral.org/pdf/english/travaux/arbitration/NY-conv/e-conf-26-1/36-N5812726.pdf>

de Venta de Carácter Internacional de Objetos Muebles Corporales, adoptada en La Haya el 15 de abril de 1958²⁵, se llegó a la conclusión de que en muchos casos de comercio internacional, no existía posibilidad de un intercambio de declaraciones respecto de la cláusula compromisoria.

Señaló que en esas ocasiones la cláusula era propuesta por una de las partes o por el intermediario y aceptada tácitamente por una o por las dos partes. Que por ese motivo y luego de discusiones reiteradas, se aprobó el texto del artículo 2 de la mencionada Convención de La Haya, cuyo segundo párrafo dice:

“Cuando la venta, celebrada oralmente incluya la elección de foro, esta designación es válida sólo si ha sido expresada o confirmada por una declaración escrita emanada de una de las partes o de un intermediario, sin que haya sido objetada”²⁶.

La adopción de una fórmula similar a la mencionada habría permitido solucionar algunos de los problemas que se han planteado respecto del requisito de forma del acuerdo arbitral.

Los conocimientos de embarque que incluyen o remiten a acuerdos arbi-

trales difícilmente puedan satisfacer los requisitos de la Convención de Nueva York. Comenta al respecto TOBY LANDAU que puede haber conocimientos de dos tipos: conocimientos de embarque que corresponden a un transporte de línea y conocimientos emitidos en base a una póliza de fletamento. El conocimiento de embarque de un transporte de línea, es emitido normalmente por el transportista al cargador y contiene habitualmente un acuerdo arbitral, frecuentemente impreso en el dorso del documento. Por lo contrario, un conocimiento de embarque emitido en base a una póliza de fletamento, normalmente hará referencia a las cláusulas de la póliza de fletamento. El cargador no firma estos formularios en ninguno de los casos y menos lo hacen los tenedores ulteriores²⁷.

Los problemas de los conocimientos de embarque fueron advertidos hace tiempo, incluso fueron objeto de discusión cuando se estaba redactando la LMU. A pesar de que el delegado de Noruega en UNCITRAL presentó una propuesta que contemplaba expresamente los conocimientos de embarque, finalmente no fue adoptada²⁸.

²⁵ Este Convenio de La Haya no se encuentra vigente, ya que no ha sido ratificado por ningún Estado.

²⁶ El texto en francés dice: “*Lorsque la vente, conclue oralement, comporte la désignation du for, cette désignation n'est valable que si elle a été exprimée ou confirmée par une déclaration écrite émanant de l'une des parties ou d'un courtier, sans avoir été contestée*”. La traducción al español pertenece a los autores, ya que la Recopilación de los Convenios de La Haya en español, omite el segundo párrafo del artículo 2. La misma omisión aparece en <http://www.hcch.net/upload/text05s.pdf>, consultada el 20 de febrero de 2010.

²⁷ LANDAU. *Op. cit.*; p. 31.

²⁸ La propuesta de Noruega decía: “Si un conocimiento de embarque u otro documento, firmado por una sola de las partes, constituye una prueba satisfactoria de un contrato, la cláusula compromisoria contenida en el documento o la referencia hecha en éste a otro documento que contiene una cláusula compromisoria se considerará como un acuerdo escrito”. Compilación

5.3. Incorporación por referencia

Es común en el comercio internacional, que las partes se remitan a documentos preexistentes, como acuerdos previos entre las partes o formularios con condiciones generales de contratación, en vez de redactar cada uno de los términos del acuerdo en un documento. En consecuencia, muchos contratos contienen una referencia a otro documento o texto, con la intención de incorporar todos o algunos de sus términos²⁹.

La Convención de Nueva York no aborda la cuestión referida a si el acuerdo arbitral puede ser incorporado al contrato por referencia a otro documento en el que figure la cláusula compromisoria. Algunos autores consideran que, a pesar de no estar expresamente regulada, la incorporación por referencia es compatible con el artículo II.2 de la Convención de Nueva York³⁰. CLAUS VON WOBESER, por ejemplo, opina que a partir de la recomendación hecha por UNCITRAL puede contemplarse a la incorporación por referencia como uno de los supuestos en los que se entiende que las

partes han celebrado un acuerdo arbitral por escrito³¹. Sin embargo, la cuestión ha recibido soluciones encontradas³².

En cambio, la LMU en su texto originario de 1985, ya hacía mención al acuerdo arbitral por referencia, en su artículo 7.2.

“Artículo 7.2 (...) La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

El documento al que se remite puede ser otro contrato entre las mismas partes o con terceros o condiciones generales de contratación.

Compartimos la opinión de TOBY LANDAU en el sentido de que una referencia hecha en un contrato a un texto de otro documento constituye una incorporación efectiva es un tema de consentimiento y de formación del contrato y por lo tanto una cuestión regida por la ley aplicable a la validez sustantiva³³. La jurisprudencia

analítica de las observaciones formuladas por gobiernos y organizaciones internacionales acerca del proyecto de una ley modelo sobre arbitraje comercial internacional: informe del Secretario General, documento A/CN.9/263 y Add.1-3, *Anuario de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, Vol. XVI, 1985, p. 66.

²⁹ LANDAU. *Op. cit.*; p. 28.

³⁰ POUDRET, Jean-François y BESSON, Sébastien. *Droit comparé de l'arbitrage international*, parágr. 213-226.

³¹ VON WOBESER, Claus. “La incorporación por referencia”. En: TAWIL, GUIDO S. y ZULETA, Eduardo (directores). *El Arbitraje Comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50ª aniversario*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008.pp. 246-261.

³² BOUCOBZA, Xavier. “La clause compromissoire par référence en matière d'arbitrage international” En: *Revue de l'arbitrage*, 1998 - No. 3, pp. 495 - 516; VAN HOUTTE, Vera. “Consent to Arbitration Through Agreement to Printed Contracts: The Continental Experience”. En: *Arbitration International*. Vol. 16 No. 1, 2000, pp. 1-18; OPPETIT, Bruno. “La clause arbitrale par référence”. En: *Revue de l'arbitrage*, 1990 - No. 3, pp. 551-570.

³³ LANDAU. *Op. cit.*; p. 28.

y la doctrina no son pacíficas respecto a si basta la referencia general al documento que contiene la cláusula arbitral o si es necesario una referencia especial que mencione la existencia de la cláusula arbitral.

Entre los fallos que aceptan la referencia general, podemos citar uno de Suiza, Tribunal de Apelación, Cantón de Basilea, del 5 de julio de 1994, “DIETF Ltd. v. RF AG”. Se trataba de un vendedor que había enviado una orden de confirmación a un comprador que contenía una referencia a los reglamentos empresariales generales, los cuales incluían una cláusula de arbitraje; el comprador contestó por fax haciendo referencia a la orden de confirmación y formuló algunas peticiones sobre el empaquetado de las mercancías, etc.; el Tribunal consideró que se habían cumplido los requisitos de forma del artículo II.2, y afirmó que no era necesario que la aceptación escrita contuviera una referencia expresa a la cláusula de arbitraje sino que podía remitir al contrato en su totalidad³⁴.

Reseña el grupo de trabajo de UNCITRAL que los tribunales estatales han establecido que el artículo II.2 exige que la referencia al acuerdo de arbitraje figure en el contrato principal salvo si las partes tienen una relación empresarial habitual. En caso de que exista tal relación continua, se ha considerado

que una cláusula de arbitraje estaba incorporada por referencia en un contrato aunque la otra parte no hubiera recibido el documento concreto, sobre la base de que cabía presumir que esa parte tenía conocimiento de la cláusula de arbitraje³⁵.

En varios casos se adoptó un enfoque todavía más amplio pues se consideró que se podía aceptar la incorporación por referencia incluso en caso de que la cláusula de arbitraje no estuviera en el contrato principal, siempre que hubiera alguna referencia escrita al documento que contuviera esa cláusula y que la parte contra la que se invocara conociera el contenido del documento cuando concluyó el contrato y aceptara la incorporación del documento en el contrato³⁶.

Entre esos fallos, cabe citar el conocido caso “Bomar” de 1993, en el que la Corte de Casación de Francia sostuvo que “en la esfera del arbitraje internacional, una cláusula de arbitraje que no haya sido mencionada en el contrato principal puede haber sido estipulada válidamente mediante una referencia escrita a un documento que contenga, por ejemplo, condiciones generales o un contrato normalizado si la parte contra la que se invoca la cláusula conocía el contenido de este documento en el momento de concluir el contrato y aceptó aunque sólo fuera tácitamente

³⁴ *Yearbook Commercial Arbitration* XXI, 1996, p. 685, comentado en A/CN.9/WG.II/WP.139, parágr. 21, nota 50.

³⁵ Documento A/CN.9/WG.II/WP.139, parágr. 19.

³⁶ Documento A/CN.9/WG.II/WP.139, parágr. 20.

la incorporación del documento en el contrato”³⁷.

También ha sido muy comentado un caso fallado en Alemania, por el tribunal de apelaciones de Schleswig, el 30 de marzo de 2000, en el que el tribunal alemán resolvió que cumplía los requisitos de forma exigidos por la Convención de Nueva York, el acuerdo arbitral por referencia en un contrato de compraventa internacional de mercaderías. El formulario contenía solamente una referencia general a las condiciones generales de contratación y esta mención figuraba por debajo del espacio reservado para la firma de las partes. El acuerdo arbitral estaba incluido en las condiciones generales que figuraban en el reverso del formulario, pero el demandado sostenía que solamente había sido remitido por fax el anverso del formulario. El tribunal judicial consideró válido el acuerdo arbitral porque la actora había probado que utilizaba el mismo formulario en sus operaciones con la demandada desde hacía varios años³⁸.

5.4. Acuerdos de arbitraje orales

El informe del grupo de trabajo de UNCITRAL señala que los tribunales, basándose en la idea de que tiene que haber un acuerdo mutuo de arbitraje, sea firmado o sea a través de un canje de documentos, en general han rechazado los acuerdos de arbitraje orales³⁹, aun los confirmados por la otra parte por escrito e incluso si hubo una comparecencia posterior de ambas partes ante el árbitro, una aceptación tácita o la ejecución del contrato. Por otra parte, tampoco han permitido que se reconozca la existencia de un acuerdo de arbitraje basándose en que anteriormente se habían aplicado de forma ordinaria las condiciones generales del comercio⁴⁰.

El ejemplo habitual es el caso de salvamento, el buque en emergencia que es asistido por otro barco. Es práctica común en estas operaciones de salvamento que se realicen en base a un acuerdo que incorpore las condiciones LOF

³⁷ Francia, Corte de Casación, 9 de noviembre de 1993, “Bomar Oil N.V. (Antillas Neerlandesas) v. Entreprise Tunisienne d’Activités Pétrolières ETAP (Túnez)”. *Yearbook Commercial Arbitration* XX, 1995, p. 660.

³⁸ Alemania, Oberlandesgericht Schleswig, 30 de marzo de 2000, 16 SchH 5/99, *Yearbook Commercial Arbitration*, A. J. VAN DEN BERG (ed.), Kluwer, Vol. XXXI 2006, pp. 652-662, comentada por GUSY, Martin Frederik, “The Validity of an Arbitration Agreement Under the New York Convention - Remarks on the Order of OLG Schleswig, March 30, 2000 (16 SchH 5/99)”. En: *Journal of International Arbitration*, Vol. 19 - N° 4, 2002, pp. 363-378.

³⁹ Italia, Tribunal Supremo, 25 de enero de 1991, “Marc Rich & Co AG v. Societa Italiana Impianti SpA” *Yearbook Commercial Arbitration* XVII 1992, p. 554 y decisión del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 25 de julio de 1991, p. 233. El contrato se concluyó mediante un canje de télex; habida cuenta de que Impianti no respondió a un télex posterior de Marc Rich estableciendo nuevas condiciones para el contrato, incluida una cláusula de arbitraje, ni lo aceptó, el tribunal decidió que no había prueba de un acuerdo mutuo de arbitraje por escrito y que, por tanto, los tribunales italianos tenían jurisdicción sobre el caso. El tribunal indicó que “en lo que respecta a las cláusulas de arbitraje extranjero, la Convención de Nueva York exige siempre la forma escrita”. Documento A/CN.9/WG.II/WP.139, parágr. 13 y nota 29.

⁴⁰ Documento A/CN.9/WG.II/WP.139, parágr. 13.

(*Lloyd's Open Form*), que incluyen una cláusula arbitral⁴¹. Debido a las exigencias propias de la situación, los contratos de salvamento se concertan habitualmente por radio VHF, es decir a través de una oferta oral y una aceptación oral, por referencia al formulario LOF. Otro ejemplo son los negocios de productos básicos celebrados por teléfono, por referencia a un formulario GAFTA⁴².

En un caso resuelto en Argentina en el año 2007 se rechazó el reconocimiento de un laudo dictado en Inglaterra por considerar que no existía acuerdo por escrito. La sentencia fue dictada por la sala II de la Cámara Civil y Comercial Federal en los autos Armada Holland BV Schiedam Denmark c. Inter Fruit SA⁴³.

Las partes enfrentadas en el caso habían celebrado un contrato de fletamento para el transporte de una carga íntegra y completa de fruta desde el puerto de San Antonio Este, Argentina hasta el de San Petersburgo, Rusia. Como es usual para este tipo de cargas, habían utilizado un formulario modelo, en el caso la Póliza de Fletamento "Gencon" (con las modificaciones de 1922, 1976 y 1994) elaborada por The Baltic and International Maritime Council (BIMCO).

La cláusula n° 19 del GENCON dispone que cualquier controversia que se origine respecto del fletamento debe

ser sometida a arbitraje en Londres de conformidad con las leyes inglesas. En la misma cláusula se establece la aplicación del derecho inglés al fondo de la controversia. Se produjeron desavenencias entre las partes —el fletante intentó cambiar el buque nominado, el fletador negó haber celebrado el contrato— y Armada Holland decidió iniciar el arbitraje en Londres reclamando la indemnización de los perjuicios sufridos. Notificado del inicio del arbitraje Inter Fruit mantuvo su postura de desconocer el contrato y se negó a designar su árbitro. El proceso continuó ante GEORGE HENDERSON —árbitro designado por Armada Holland— quien finalmente dictó un laudo condenando a Inter Fruit.

Armada Holland se presentó entonces ante los tribunales argentinos solicitando el reconocimiento y posterior ejecución del laudo de conformidad con la Convención de Nueva York. La pretensión fue rechazada en primera instancia. Luego de analizar los artículos. IV.1.b y II.2 de la Convención el juez concluyó que "el contrato de fletamento invocado por la demandante no fue celebrado por lo que la cláusula de arbitraje pactada por las partes es inaplicable, pues nunca cobró vigor el sometimiento de la accionada a la legislación británica y al arbitraje en Londres". En el caso no se cumplían estos requisitos ya que —según lo alegado por

⁴¹ Sobre el acuerdo LOF, ver AGUIRRE RAMÍREZ, Fernando y FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia. *Transporte marítimo*, vol. II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2001, p. 199 y pp. 218-220 y <http://www.lloyds.com/NR/rdonlyres/5B84549E-C44C-4A65-8AB8-1D1831667FE1/0/AgencyLOF2000.pdf>.

⁴² LANDAU. *Op. cit.*; p 30.

⁴³ CNCiv. y Com. Fed., sala II, 08/05/2007, "Armada Holland BV Schiedam Denmark c. Inter Fruit S.A. s. incumplimiento de contrato", publicado en DIPr Argentina el 10/04/08, <http://www.diprargentina.com>.

Armada Holland– el contrato se había concluido telefónicamente. La sentencia fue confirmada por la Cámara Civil y Comercial Federal quien compartió los argumentos del juez y de los fiscales de ambas instancias.

5.5. Acuerdos arbitrales por medios electrónicos

Dada la época en que fue elaborada la Convención, el artículo II.2 menciona solamente el intercambio de cartas y de telegramas. Con el transcurso del tiempo la jurisprudencia y la doctrina fueron asimilando el canje a través de otros medios de comunicación, como el télex y el fax⁴⁴. Al respecto, dice PILAR PERALES VISCASILLAS que la inmensa mayoría de los tribunales no han tenido problemas en entender que en el marco de la Convención de Nueva York caben los modernos medios de comunicación⁴⁵. Los instrumentos internacionales han elaborado el concepto del “equivalente funcional”, que consiste en describir las condiciones que deben cumplirse para que un mensaje de datos o una comunicación electrónica, cumpla la misma finalidad que la forma escrita.

La Ley Modelo de UNCITRAL de 1996 sobre Comercio Electrónico define así el equivalente funcional a la forma escrita y a la firma.

“Artículo 6. Escrito

1. Cuando la ley requiera que la información conste por escrito, ese requisito quedará satisfecho con un mensaje de datos si la información que éste contiene es accesible para su ulterior consulta.

2. El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que la información no conste por escrito.

Artículo 7. Firma

1) Cuando la ley requiera la firma de una persona, ese requisito quedará satisfecho en relación con un mensaje de datos:

a) Si se utiliza un método para identificar a esa persona y para indicar que esa persona aprueba la información que figura en el mensaje de datos; y

b) Si ese método es tan fiable como sea apropiado para los fines para los que se generó o comunicó el mensaje de datos, a la luz de todas las circunstancias del caso, incluido cualquier acuerdo pertinente.

2) El párrafo 1) será aplicable tanto si el requisito en él previsto está expresado en forma de obligación como si la ley simplemente prevé consecuencias en el caso de que no exista una firma”.

En la misma línea, la Convención de las Naciones Unidas sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales, adoptada en Nueva York, el 23 de noviembre de

⁴⁴ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *Op. cit.*; paragr. 618, pp. 376-377.

⁴⁵ PERALES VISCASILLAS, Pilar. “¿Forma escrita del convenio arbitral? Nuevas disposiciones de la CNUDMI/UNCITRAL” y sus citas en nota 26. En: <http://www.elDial.com>, diario del 25 de abril de 2007, también publicado en *Revista Derecho de los Negocios*, Madrid: ed. La Ley, 2007.

2005⁴⁶, reconoce la validez jurídica de las comunicaciones electrónicas y prescinde de formas determinadas para la prueba de los contratos.

“Artículo 8. Reconocimiento jurídico de las comunicaciones electrónicas

1. No se negará validez ni fuerza ejecutoria a una comunicación o a un contrato por la sola razón de que esa comunicación o ese contrato esté en forma de comunicación electrónica.

2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención hará que una parte esté obligada a utilizar o a aceptar información en forma de comunicación electrónica, pero su conformidad al respecto podrá inferirse de su conducta.

Artículo 9. Requisitos de forma

1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención obligará a que una comunicación o un contrato tenga que hacerse o probarse de alguna forma particular.

2. Cuando la ley requiera que una comunicación o un contrato conste por escrito, o prevea consecuencias en el caso de que eso no se cumpla, una comunicación electrónica cumplirá ese requisito si la información consignada en su texto es accesible para su ulterior consulta (...).”

La Convención de 2005 rige las comunicaciones electrónicas que se utilicen en el ámbito de aplicación de otros tratados internacionales elaborados por UNCITRAL, tratados que cita expresamente (artículo 20) y que incluye en primer lugar la Convención de Nueva York de 1958. Sin embargo, la

Convención no es aplicable a las cartas de porte (artículo 2.2).

Otro aspecto interesante de la Convención sobre la utilización de las comunicaciones electrónicas en los contratos internacionales de 2005 es su carácter universal (artículos. 1º y 19º), lo que significa que los Estados Partes la aplicarán con relación a otros Estados Partes y a Estados no Partes, es decir en casos vinculados con cualquier país del mundo. El carácter universal del tratado puede ser desplazado por los Estados Partes que formulen una declaración que limite la aplicación a los Estados Contratantes y a los casos en que las partes hayan acordado este régimen (artículo 19.1).

Este mecanismo de aplicación universal del tratado puede ser de suma utilidad con relación a la Convención de Nueva York de 1958, ya que llevaría muchos años alcanzar el número de Estados Partes de ésta Convención.

6. EL REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA EN ALGUNOS DERECHOS NACIONALES

Las legislaciones nacionales sobre arbitraje han flexibilizado gradualmente la exigencia de forma escrita, de modo que cada vez es más fácil encontrar leyes internas que sean más favorables a la validez formal del acuerdo arbitral que la propia Convención de Nueva York. Cuando se aprobó la Convención, hace

⁴⁶ La Convención no ha entrado en vigencia al 20 de febrero de 2010, ya que no tiene todavía ratificaciones de ningún Estado.

más de 50 años, la inclusión del artículo II que otorga validez a los acuerdos arbitrales por escrito y la definición de lo que se entiende por “escrito” significaron seguramente un avance notable sobre las exigencias de las legislaciones nacionales vigentes en ese momento.

En virtud del principio de aplicación de las normas más favorables del artículo VII.1 de la Convención de Nueva York de 1958, es importante considerar algunas legislaciones nacionales.

GUILLERMO AGUILAR ÁLVAREZ afirma que la mayoría de las decisiones judiciales consideran que el artículo II.2 de la Convención de Nueva York establece una regla de derecho uniforme que se aplica con prioridad a los requisitos formales más exigentes que pudieran contener las legislaciones nacionales⁴⁷.

ALBERT JAN VAN DEN BERG comparte esta posición⁴⁸. Para ANDREAS BUCHER el artículo II.2 constituye derecho uniforme que prima sobre los derechos nacionales incluso si consideramos que las soluciones que consagra son obsoletas⁴⁹.

FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO también considera que la Convención no

establece un mínimo ni un máximo, sino una regla uniforme que es tanto un mínimo como un máximo, y concluye que los derechos nacionales no pueden exigir más, ni aceptar menos requisitos que los contemplados en el artículo II.2⁵⁰.

Aunque esta interpretación se ha mantenido incontrovertida durante años, la regla uniforme del artículo II.2 se encuentra cada vez más cuestionada. Cuando los derechos nacionales contienen normas más favorables que la Convención de Nueva York no parece apropiado continuar aplicando el artículo II.2⁵¹.

GEROLD HERRMANN considera, por el contrario, que el artículo II.2 sólo establece requisitos mínimos de forma. Dice que las normas actuales sobre validez formal tienen a ser más liberales, permitiendo la remisión a varias leyes aplicables.

HERRMANN opina también que si cabe la remisión a las leyes mencionadas en el artículo V.1.a para regir la validez intrínseca, por qué habría de ser más gravosa la solución para la validez formal que para la validez intrínseca. Por lo tanto, entiende que debe considerarse válido el acuerdo arbitral que reúna los

⁴⁷ AGUILAR ÁLVAREZ, *Op. cit.*; p. 71.

⁴⁸ VAN DEN BERG, A. J. *The New York Arbitration Convention of 1958*, Kluwer, 1981, pp. 178-180; del mismo autor, “The Application of the New York Convention by the Courts”. En: *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*, I.C.C.A. Congress series no. 9, Paris, 1999, pp. 25-35.

⁴⁹ BUCHER, Andreas. *Le nouvel arbitrage international en Suisse*, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1988, p. 45.

⁵⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. “Validez del acuerdo arbitral bajo la Convención de Nueva York: un ejercicio conflictual”. En: TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo (directores) *El Arbitraje Comercial internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50ª aniversario*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2008, pp. 413-432.

⁵¹ CORDERO MOSS. *Form of Arbitration Agreements...*, p. 60.

requisitos de la ley a la cual las partes lo han sometido o como es habitual, si no se ha realizado la elección, a la ley del país sede del arbitraje o del lugar de ejecución⁵².

PILAR PERALES VISCASILLAS señala que el efecto combinado de la recomendación y de las nuevas disposiciones de la LMU determinan que los requisitos del artículo II.2 no puedan ya interpretarse de forma estricta, y por lo tanto puede decirse que no impone un requisito mínimo para la forma escrita, sino únicamente un requisito máximo⁵³.

Pero si las normas nacionales son menos exigentes en lo que hace a los requisitos de forma del acuerdo, en virtud del artículo VII.1 de la Convención, el artículo II.2 quedará desplazado. Veamos algunos ejemplos solamente:

La Ley Suiza, artículo 178 de la Ley Federal de Derecho Internacional Privado de 1987 establece:

“Artículo 178.

1. En cuanto a la forma, el acuerdo de arbitraje será válido si se formula por escrito, mediante telegrama, télex, telecopiadora o cualquier otro medio de comunicación que permita probar su existencia por medio de un texto.
2. En cuanto al fondo, el acuerdo de arbitraje será válido si se ajusta al derecho elegido por las partes, o al derecho que rija el objeto de la controversia, en particular el derecho

que rija el contrato principal, o si se ajusta al derecho suizo”⁵⁴.

En los Países Bajos, el artículo 1021 de la Ley de Arbitraje de 1986 dispone:

“Artículo 1021. El acuerdo de arbitraje se probará mediante un instrumento escrito. A este fin será suficiente cualquier instrumento escrito que prevea el arbitraje o que se remita a condiciones generales que prevean el arbitraje, siempre que dicho instrumento haya sido aceptado, expresa o tácitamente, por la otra parte, o en nombre de ésta”.

La Ley Alemana de Arbitraje de 1997 ha adoptado un planteamiento algo más detallado y dispone en su artículo 1031º:

“Artículo 1031.

1. El acuerdo de arbitraje figurará en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telefaxes, telegramas u otros medios de telecomunicación que dé constancia del acuerdo.
2. Se entenderá que se ha cumplido el requisito de forma prescrito en el apartado 1 cuando el acuerdo de arbitraje figure en un documento remitido por una de las partes a la otra parte o por un tercero a ambas partes y, si no se presentó objeción alguna a su debido tiempo, el contenido del documento se considera parte integrante del contrato conforme a la práctica habitual.
3. La remisión en un contrato que cumpla los requisitos de forma de los apartados 1 ó 2 a un documento en el que figure una cláusula de arbitraje

⁵² HERRMANN, Gerold, “Does the World Need Additional Uniform Legislation on Arbitration? - The 1998 Freshfields Lecture”. En: *Arbitration International*, Vol. 15 No. 3, 1999, pp. 211-236, p. 216.

⁵³ PERALES VISCASILLAS, *Op. cit.*

⁵⁴ La traducción al español de los textos legales es la que ha realizado UNCITRAL en el documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, parágr. 29 y ss.

constituye un acuerdo de arbitraje siempre que la remisión sea tal que convierta dicha cláusula en parte del contrato.

4. También se concierta un acuerdo de arbitraje al extender un conocimiento de embarque, si en él se remite expresamente a una cláusula de arbitraje de una póliza de fletamento.

5. Todo acuerdo de arbitraje en el que sea parte un consumidor debe constar en un documento que haya sido firmado personalmente por las partes. En dicho documento no podrán figurar más acuerdos que los relativos al procedimiento arbitral; esta cláusula no será aplicable si se trata de una certificación notarial. Se entiende por consumidor toda persona física que, con respecto a la transacción objeto de la controversia, actúe con fines que puedan considerarse ajenos a la actividad por razón de su oficio o su profesión autónoma (“gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit”).

6. Todo incumplimiento de los requisitos de forma queda subsanado al examinarse el fondo de la controversia en el procedimiento arbitral”.

La Ley de Arbitraje de Inglaterra de 1996 dispone en su artículo 5º:

“Artículo 5 (...)

2. Existe acuerdo escrito:

a) cuando el acuerdo se efectúa por escrito (esté o no firmado por las partes),

b) cuando el acuerdo se efectúa mediante el intercambio de comunicaciones por escrito, o

c) cuando existe prueba escrita del acuerdo.

3. Cuando las partes conciertan un acuerdo que no sea por escrito remitiéndose a condiciones que figuran por escrito, efectúan un acuerdo por escrito.

4. Existe prueba escrita de un acuerdo no efectuado por escrito cuando una de las partes, o un tercero, con autorización de las partes en el acuerdo da constancia del mismo.

5. Un intercambio de exposiciones escritas en un procedimiento arbitral o judicial en el que una de las partes alega frente a la otra la existencia de un acuerdo no efectuado por escrito y que la otra parte no niega en su respuesta constituye un acuerdo por escrito entre dichas partes a los efectos alegados.

6. Toda mención en el presente capítulo de algo que esté escrito o figure por escrito incluye el hecho de que ello conste por cualquier medio”.

La Ley de Arbitraje de España de 2003 dispone en su artículo 9º:

“Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, 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.

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

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.

4. 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.

5. 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.

6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

7. CARÁCTER NO EXHAUSTIVO DEL ARTÍCULO II.2 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK, SEGÚN LA RECOMENDACIÓN ADOPTADA POR UNCITRAL EN 2006

La recomendación de la Comisión en virtud de la cual el artículo II.2 de la Convención de Nueva York debe aplicarse reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas, consolida una interpretación que ya había sido propuesta por algunos sectores de la doctrina y de la jurisprudencia.

Entre los fundamentos que se habían propiciado para afirmar que los supuestos mencionados en el artículo II.2 de la Convención no son taxativos, se sostuvo que el texto en idioma inglés

del mencionado artículo de la Convención da a entender que incluye esos supuestos, pero sin dejar de lado la posible existencia de otros:

“The term ‘agreement in writing’ *shall include* (...)”⁵⁵.

Claro que no puede realizarse el mismo razonamiento con las versiones en otros idiomas, como el español o el francés.

La forma escrita como requisito del acuerdo arbitral ha tenido como finalidad advertir a las partes sobre la importancia y significado del acuerdo. Lógicamente la forma escrita cumple también una función probatoria.

Por otra parte, también se recurre a la forma escrita como un modo de demostrar la existencia del consentimiento de las partes de someterse a arbitraje. Claro que el consentimiento, como elemento esencial de un contrato constituye un aspecto de su validez intrínseca y no de su forma.

La validez intrínseca del acuerdo arbitral queda sometida a la ley elegida por las partes o en su defecto a la ley del país sede del arbitraje, en virtud de lo dispuesto por el artículo V.1.a de la Convención de Nueva York.

Dice Pilar PERALES VISCASILLAS con relación a las modificaciones al artículo 7º de la LMU que aunque siga existiendo ese substancial vínculo con el escrito, lo cierto es que éste no lo es a efectos formales, sino de prueba, a diferencia

⁵⁵ LANDAU. *Op. cit.*; p. 67.

de la redacción original del artículo 7º de la LMU y que lo importante es que quede constancia, en cualquier forma, del contenido del acuerdo de arbitraje⁵⁶.

Los desarrollos realizados con la modificación del artículo 7º de la LMU habrán de tener también incidencia en la interpretación de la Convención de Nueva York, ya sea que se elija la opción I que continúa utilizando el concepto de acuerdo por escrito, pero lo flexibiliza hasta tal punto que comprende los acuerdos orales o que se prefiera la propuesta mejicana, opción II, que directamente no exige que el acuerdo arbitral se realice por escrito.

Por otra parte, no hay que dejar de considerar que los requisitos formales exigidos para los acuerdos de elección de foro, fueron flexibilizándose en los sucesivos Convenios de Adhesión a la Convención de Bruselas de 1968, llegando al texto vigente del artículo 23º del Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

En cambio, el Convenio sobre acuerdos de elección de foro, suscripto en La Haya el 30 de junio de 2005⁵⁷, exige la forma escrita o las comunicaciones electrónicas para la validez del acuerdo (artículo 3. c).

8. APLICACIÓN DE LAS NORMAS MÁS FAVORABLES A LA VALIDEZ FORMAL DEL ACUERDO. EL ARTÍCULO VII.1 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK ¿A QUÉ DERECHOS SE REFIERE?

El artículo VII.1 de la Convención de Nueva York es una norma de compatibilidad entre convenciones que contempla la aplicación de otros tratados vigentes, o incluso la legislación interna del país donde se invoque el laudo, que establezcan condiciones más favorables para el reconocimiento de los laudos. Este principio de máxima eficacia tiene su aplicación natural en la etapa del reconocimiento del laudo y es coherente con el objetivo de la Convención de facilitar el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales. Las únicas causales por las que puede rechazarse el reconocimiento de un laudo están consagradas en el artículo V de la Convención, pero los Estados pueden adoptar disposiciones menos exigentes que serían aplicables de acuerdo a la disposición del artículo VII.

La Comisión recomienda que el artículo VII.1 de la Convención de Nueva York se interprete de manera que “permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje”.

⁵⁶ PERALES VISCASILLAS, *Op. cit.*

⁵⁷ El Convenio de 2005 no ha entrado en vigencia al 20 de febrero de 2010 ya que no cuenta con el número necesario de ratificaciones.

Esta interpretación ya había sido propiciada por un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia, aunque resulta razonable suponer que la recomendación tendrá un efecto importante en su adopción por otras jurisdicciones⁵⁸.

La recomendación permite a las partes invocar las normas más favorables *del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje*. Resulta vital entonces analizar cuáles son esas disposiciones: solamente las normas del país donde se plantea una excepción de arbitraje o donde se solicita la ejecución del laudo, o también incluye las disposiciones del país sede del arbitraje.

GIUDITTA CORDERO MOSS considera que la recomendación de UNCITRAL solamente será de alguna utilidad cuando las disposiciones más favorables correspondan al país donde se invoque el acuerdo de arbitraje⁵⁹. En la práctica los requisitos de forma más liberales o menos exigentes seguramente serán los del derecho elegido por las partes o los de la sede del arbitraje (puntos de conexión contemplados en el artículo V. 1. a de la Convención para determinar el derecho aplicable a la validez intrínseca).

En las reuniones del grupo de trabajo que elaboró la Recomendación se expresó que “En virtud de dicho artículo (se refiere al artículo VII.1),

cabe entender que, si la ley del país en el que va a ejecutarse el laudo (*o la ley aplicable al acuerdo de arbitraje*) prevé un requisito de forma menos restrictivo que la Convención, la parte interesada puede atenerse a esa ley nacional. Dicha interpretación estaría de acuerdo con el objetivo de la Convención, que es facilitar el reconocimiento y la ejecución de sentencias extranjeras”⁶⁰.

Coincidimos en alguna medida con el análisis de la autora citada y es cierto que una lectura estricta de la recomendación conduce a la aplicación exclusiva de las disposiciones del país donde se invoca el acuerdo arbitral. Sin embargo creemos que cabría una interpretación amplia que considere los objetivos de la Convención y de la Recomendación y que permita aplicar también las disposiciones contenidas en el derecho elegido por las partes como aplicable a la validez formal del acuerdo o el derecho de la sede del arbitraje.

Existe otro aspecto que debe analizarse cuando la parte que invoca el laudo o el acuerdo arbitral pretende la aplicación de disposiciones más favorables que la Convención de Nueva York de acuerdo con el artículo VII. VAN DEN BERG entiende que la Convención de Nueva York es un régimen autocontenido y el artículo VII.1. no permite coordinar las legislaciones locales más favorables con la Convención; si la parte que solicita

⁵⁸ KAPLAN, Neil. “Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?”. En: *Arbitration International*. Vol. 12, No. 1, 1996, pp. 28-46; LEW, JULIAN D. M., MISTELIS, LOUKAS A. y KRÖLL, Stefan M. *Comparative International Commercial Arbitration*, 2003, p. 114; LANDAU. *Op. cit.*; p. 73.

⁵⁹ CORDERO MOSS. *Form of Arbitration Agreements...*, pp. 60-61.

⁶⁰ Documento A/CN.9/WG.II/WP.108/Add.1, parágr. 20-22. El destacado nos pertenece.

la ejecución del laudo se apoya en la legislación interna o en otro tratado, no puede luego fundarse en otras normas de la Convención de Nueva York⁶¹. En cambio, otros autores no encuentran inconveniente alguno en aplicar conjuntamente las disposiciones más favorables contenidas en otros tratados o en derechos nacionales y las normas de la Convención de Nueva York⁶². FOUCHARD, GAILLARD y GOLDMAN afirman, en este sentido, que el artículo VII no establece condiciones ni restricciones para la aplicación de la norma más favorable.

Creemos que esta segunda postura es la correcta; nada en la norma restringe la aplicación conjunta de las distintas normas aplicables y, además, como lo señalan LEW, MISTELAS y KRÖLL es la interpretación que más se condice con la política favorable al arbitraje que tradicionalmente se reconoce en la Convención de Nueva York⁶³.

9. CONCLUSIONES

Nos preguntábamos en qué medida la recomendación adoptada por UNCITRAL en 2006 ha eliminado la forma escrita del acuerdo arbitral en la Convención de Nueva York.

Llegamos a la conclusión de que la forma escrita puede considerarse eliminada en la medida en que los tribuna-

les nacionales recepten la recomendación en alguno de sus puntos.

Una de las posibilidades es que los jueces se inclinen por interpretar que los dos supuestos expresamente mencionados en el artículo II.2 de la Convención no son taxativos y permiten otros modos de conclusión del acuerdo arbitral.

Otra posibilidad es utilizar el recurso de aplicar las normas más favorables a la validez del acuerdo arbitral contenidas en la legislación nacional menos exigente, en virtud del artículo VII.1 de la Convención.

Pensamos que la recomendación ha recogido el estado del tema según lo entendía buena parte de la jurisprudencia y las legislaciones vigentes en el año 2006, pero también creemos que la elaboración de un instrumento internacional emanado de UNCITRAL que flexibiliza la exigencia de forma escrita contribuye indudablemente a extender esa solución.

Que el método de “actualización” de la Convención de Nueva York de 1958 en lo que hace al problema de la forma escrita del acuerdo arbitral, no responda a los instrumentos internacionales clásicos, demuestra, en nuestro modo de ver, que los métodos de unificación del derecho son cada vez más variados y que el derecho internacional va generando distintos tipos de normas para abordar los problemas que se presentan.

⁶¹ Citado por FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *Op. cit.*; parágr. 271, p. 137.

⁶² DI PIETRO, Domenico; PLATTE, Martin. *Enforcement of International Arbitration Awards*, Cameron May, 2001, pp.171-2.

⁶³ LEW, Julian D. M.; MISTELIS, Loukas A. y KRÖLL, Stefan M. *Op. cit.*; parágr. 26-34.

EL ACUERDO ARBITRAL: LA RESPUESTA JURÍDICA A LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA

EL DESPLAZAMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL

GUSTAVO PARODI (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La Cláusula Arbitral.* 2.1. *Importancia.* 2.2. *Necesidad. Ventajas.* 2.3. *Inclusión en el contrato.* 2.4. *Elementos.* 3. *La Sede del Arbitraje.* 3.1. *Elección. Arbitraje Institucional.* 3.2. *Criterios. Concepto jurídico.* 4. *Efectos jurídicos de la elección de la sede arbitral.* 4.1. *Control judicial.* 4.2. *Ejercicio del control judicial. Formas.* 4.3. *Límites a la Revisión Judicial.* 4.4. *Renuncia a las Vías Recursivas.* 4.4.1. *Manifestaciones. Reglamentos Internacionales.* 4.4.2. *Alcance. Jurisprudencia.* 4.5. *Desplazamiento del Control Judicial.* 5. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN¹

La necesidad de contar con un acuerdo arbitral² se presenta insistentemente en la mayoría de los contratos internacionales como una respuesta adecuada frente a

la dinámica de una creciente economía global que exige la previsión de un foro neutral para el caso de una eventual controversia y demanda una ágil y ampliamente reconocida vía de ejecución de las decisiones. Dentro de ese contexto y a la luz del crucial rol del arbitraje en el

(*) Árbitro internacional y especialista en asesoramiento de empresas y arbitraje internacional, LLM (Fulbright, OAS, Harvard Law School, Harvard Law School Gammon Fellowship).

¹ Las opiniones expresadas en el presente trabajo reflejan exclusivamente el pensamiento del autor. De igual modo, las traducciones son obra suya, salvo que se indique lo contrario.

² Conforme a la doctrina moderna y a las leyes de arbitraje dictadas de acuerdo a sus lineamientos, la denominación "acuerdo arbitral" comprende tanto la cláusula compromisoria —incluida en un contrato en forma previa al nacimiento de la disputa— como el compromiso arbitral, entendido como el convenio cuyos términos son negociados cuando ya la controversia ha surgido y en relación directa y específica con las características del caso.

comercio internacional³, la elaboración del acuerdo arbitral⁴ adquiere una relevancia inusitada al proyectar singulares y en ciertos casos decisivos efectos sobre el eventual arbitraje⁵ e inclusive sobre el procedimiento post-arbitral, lo cual es generalmente soslayado o absolutamente ignorado en las generalmente prolongadas negociaciones contractuales. A fin de analizar tal situación, consideraremos primero ciertas cuestiones esenciales relativas a la cláusula arbitral y sus elementos, y luego centraremos nuestro análisis en las principales consecuencias de la elección del lugar del arbitraje, especialmente desde la perspectiva del control judicial.

2. LA CLÁUSULA ARBITRAL

2.1. Importancia

Numerosos comentarios y artículos doctrinarios —especialmente en la lite-

ratura jurídica europea y norteamericana— han examinado los elementos fundamentales cuya consideración debería privilegiarse a la hora de elaborar la cláusula arbitral⁶. A la luz de dichos estudios y de la jurisprudencia arbitral existente, se podría inferir claramente que la mayoría de los obstáculos susceptibles de complicar o dilatar un procedimiento de arbitraje pueden ser eliminados o acotados adoptando una cláusula arbitral minuciosamente redactada. De allí que se afirme que mientras más efectiva sea la cláusula compromisoria negociada entre las partes, menos probable será que alguna vez necesite ser usada, ya que tendrá la fuerza persuasiva necesaria para disuadir a aquella parte que esté analizando la posibilidad de incumplir o resolver un contrato. Por ello, si bien constituye un ejemplo clásico

³ Ver BERGER, Klaus Peter, quien, citando a VAN DEN BERG, Albert Jan - *Arbitragerecht*. 134, 1988, ed. W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle - estima que la mayor parte de los contratos internacionales prevén al arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos. *International Economic Arbitration*. Kluwer Law and Taxation, 1993.

⁴ A los efectos de esta exposición, consideraremos indistintamente la denominación de "cláusula compromisoria o arbitral", entendida como aquella incluida en un acuerdo escrito, en forma previa al origen de la disputa, y cuyo contenido determina la jurisdicción arbitral elegida por las partes.

⁵ Si bien parte del análisis que aquí se desarrolla podría también ser aplicado en relación con los arbitrajes internos o domésticos, es necesario aclarar que el presente trabajo se refiere esencialmente a los arbitrajes comerciales internacionales.

⁶ Ver, entre otros, CRAIG, Laurence, PARK, William & PAULSSON, Jan. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Third Edition. New York: Oceana Publications, Inc./ Dobbs Ferry, 2000, p. 43, pp. 85 y ss.; DERAIS Yves & Eric SCHWARTZ. *A Guide to the New ICC Rules of Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 1999, p. 73; CRAIG, Laurence, PARK, William & PAULSSON, Jan. *Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules*. New York: Oceana Publications, Inc., 1998, p. 57; DIMOLISTA, Antonia. "Issues concerning the existence, validity and effectiveness of the Arbitration Agreement". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, Vol. 7, N° 2, Diciembre 1996, p. 14; BELANDRO, Rubén Santos. *Arbitraje Comercial Internacional*. México D.F.: Oxford University Press, p. 60 y ss.; CHILLÓN MEDINA, José María y José Fernando MERINO MERCHAN. *Tratado de Arbitraje Privado, Interno e Internacional*. Madrid: Civitas S.A., 1978, p. 309; MERKIN, Robert. *Arbitration Law*. London: Lloyd London Press, 1991, Caps. 3 y 4; REDFERN, Alan & HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Third Edition. London: Sweet & Maxwell, 1999, p. 135; BOND, Stephen. "How to Draft an Arbitration Clause". En: *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*. Vol. 1. N° 2, Diciembre 1990.

de las llamadas *midnight clauses*⁷, es necesario que, en la negociación de sus términos, se efectúe el debido análisis previo o se cuente con el asesoramiento legal adecuado, a menos que se desee corroborar un viejo adagio según el cual el arbitraje es un procedimiento que tiene pocos abogados en un principio (cuando la cláusula arbitral es redactada) pero demasiados posteriormente (cuando ya el arbitraje se ha iniciado).

Conforme a ello, expondremos brevemente y con carácter introductorio algunas reflexiones básicas relativas a la cláusula compromisoria y a ciertos elementos que deberían ser considerados al momento de elaborarla.

2.2. Necesidad. Ventajas

Siguiendo un cierto orden lógico, la primera cuestión a analizar es la necesidad o no de que se incorpore una cláusula arbitral a un contrato internacional⁸. En principio, si uno no desea verse sorprendido por las particularidades del foro en el cual podría ser demandado, que en general es el del

país de la parte contraria, necesariamente debe acordar una determinada jurisdicción internacional con competencia para resolver cualquier disputa que pudiera surgir en torno al contrato de que se trate. Es claro también que dicho escollo podría ser salvado pactando la jurisdicción internacional de los jueces de determinado país⁹, pero con ello no se obtendrían los conocidos beneficios que el arbitraje representa en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales (entre otros, celeridad, economía, especialidad, flexibilidad y confidencialidad¹⁰), todo ello sin olvidar también dos de sus ventajas fundamentales: neutralidad y ejecutabilidad prácticamente a nivel mundial a la luz de las previsiones de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras firmada en Nueva York el 10 de junio de 1958 (la “Convención de Nueva York”).

Todo ello adquiere una crucial relevancia si consideramos las diferentes perspectivas jurídicas existentes en el ámbito de las disputas comerciales internacionales. En un estudio publicado por la Corte de Arbitraje Internacional

⁷ Dicha denominación obedece al hecho de que, en la mayoría de los casos, los términos de estas cláusulas son acordados al final de la negociación, cuando ambas partes están exhaustas, luego de agotadoras horas de discusión sobre los otros puntos del contrato y con una clara intención de concluir el contrato cuanto antes.

⁸ Lo cual equivale a considerar las ventajas que ofrece el arbitraje como medio de resolución de controversias a nivel internacional.

⁹ A los fines de este trabajo se utilizan indistintamente los términos jurisdicción internacional y competencia internacional para hacer referencia al país cuyos tribunales pueden entender en el caso (aunque sería más propio hablar de jurisdicción internacional y reservar el término competencia para indicar la distribución que se efectúe internamente, dentro de los jueces de un mismo país y aún cuando no olvidamos que la *juris dictio* es inherente a todo juez).

¹⁰ GAILLARD Emmanuel & John SAVAGE. *Fouchard, Gaillard, Goldman On International Commercial Arbitration*. The Hague: Kluwer Law International, 1999, p. 1; REDFERN, Alan & Martin HUNTER. *Op. cit.*; pp. 23-30; MERKIN, Robert. *Op. cit.*; p. 1-1.

de Londres (en adelante, la “LCIA”, por su sigla en inglés), en el cual se efectúa un análisis comparativo de los diferentes sistemas de resolución de conflictos internacionales, se ha sostenido:

“(…) las partes de transacciones comerciales vienen de países diferentes y tienden a tener percepciones distintas de los principios legales y del papel de los tribunales. Ello ha conducido a diferentes interpretaciones de los derechos y responsabilidades de las partes y a expectativas disímiles sobre la justicia que será dispensada por las cortes (…)”¹¹.

Un claro reflejo de lo comentado precedentemente ha sido expuesto por el Profesor YASHUEI TAIGUCHI en las conferencias brindadas en el marco del *International Council for Commercial Arbitration* (en adelante, “I.c.c.a.”) de 1996, sobre la evolución histórica de los diversos mecanismos de solución de controversias en Oriente, expresando:

“(…) un típico ejemplo es Japón, en donde bajo el régimen feudal que duró por más de 250 años hasta 1868, no existía ejercicio del derecho permitido, había un fuerte sistema comunal para promover la amigable conciliación de las disputas y eliminar el litigio. Litigar estaba condenado como una falta moral hacia la sociedad y hacia la otra parte.

No se suponía que un buen juez dictara sentencia sino que intentara alcanzar una buena conciliación. Esta tradición estaba profundamente arraigada en la mente del pueblo y formó la cultura de resolución de disputas en Japón. Los cambios políticos y económicos radicales que tuvieron lugar en los últimos cien años han ciertamente afectado esta cultura pero ella persiste en muchas formas perceptibles”¹².

Ante ello, podemos afirmar que el arbitraje comercial internacional, en relación con la resolución de conflictos internacionales, ha sido la respuesta dada desde la órbita del Derecho no sólo a la diversidad que plantean las diferentes culturas jurídicas sino también a las nuevas exigencias que emergen como fruto de la globalización económica. En efecto, tal como ha expresado BERNARDO CREMADES:

“(…) El más importante desafío que el jurista enfrenta hoy es la globalización de la economía. Educado en conocidas facultades de derecho en su propia geografía, es testigo de cómo las transacciones económicas superan crecientemente sus fronteras nacionales, forzándolo a adaptar criterios nacionales arcaicos y estáticos a las demandas de una creciente economía global y de sus aún más dinámicos hombres de negocios”¹³.

¹¹ WANG, Marcus. “Is ADR Superior to Litigation in International Commercial Disputes?” En: *Arbitration International, London Court of International Arbitration*, Vol. 16, No. 2, 2000, p. 190, citado y traducido por GAMBOA MORALES, Nicolas, “Consideraciones sobre la Práctica Arbitral Internacional. Un Tema de Reflexión”, ensayo presentado con motivo del Seminario *Principales Debates en Torno del Arbitraje*, organizado por la Universidad de la Sabana, Bogotá, julio 2002.

¹² Informe del Profesor YASHUEI TAIGUCHI, dado en la conferencia del I.c.c.a. de 1996, citado por CREMADES, Bernardo. “Overcoming the Clash of Legal Cultures: The Role of Interactive Arbitration”. En: *Arbitration International, London Court of International Arbitration*. Vol. 14. N° 2, 1998, pp.157 a 172.

¹³ CREMADES, Bernardo. *Op. cit.*; pp. 162 y ss.

Por último, a esta exigencia del siglo xxi se agrega la necesidad propia y esencial de todo procedimiento de resolución de controversias, tanto judicial como arbitral: obtener una decisión final que pueda hacerse efectiva. En tal sentido, NORBERT HORN y RICHARD MOSK han comentado:

“La más llamativa ventaja de los laudos arbitrales es que, en contraste con las decisiones de los tribunales, ellos son ejecutables a nivel mundial con base en la Convención de Nueva York”¹⁴.

“Los laudos arbitrales internacionales son generalmente más fáciles de ejecutar que las sentencias de tribunales extranjeros. Según convenciones internacionales, un laudo expedido en una jurisdicción es ejecutable en otras y tal ejecución es a menudo menos complicada que la de una sentencia extranjera. La ejecución de sentencias extranjeras no está cobijada por el ampliamente difundido mecanismo de tratados que regula los laudos arbitrales. Estos factores han incentivado a las partes de contratos internacionales a estipular el arbitraje”¹⁵.

En virtud de ello, como bien lo sostiene NICOLÁS GAMBOA MORALES, el beneficio brindado por el arbitraje surge de la simple comparación entre, por un lado, los pocos convenios internacionales existentes relativos al reconocimiento de sentencias judiciales dictadas en otro Estado¹⁶ y, por el otro, los 144 países que han suscripto o se han adherido¹⁷ a la Convención de Nueva York¹⁸.

Por lo tanto, y a la luz de todo lo expuesto, si se desea contar con las citadas ventajas del arbitraje en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales, indudablemente será conveniente pactar los términos del acuerdo arbitral¹⁹.

2.3. Inclusión en el contrato

En segundo término, y como consecuencia de la necesidad de que las partes acuerden la jurisdicción arbitral, se presenta la alternativa de pactarla en el propio contrato o posteriormente,

¹⁴ Ver HORN, Norbert. “The Development of Arbitration in International Financial Transactions”. En: *Arbitration International, London Court of International Arbitration*, Vol. 16, No. 3, p. 279, citado y traducido por GAMBOA MORALES, Nicolás. *Op. cit.*; p. 4.

¹⁵ MOSK, Richard & RYAN NELSON. “The Effects of Confirming and Vacating an International Arbitration Award on Enforcement in Foreign Jurisdictions”. En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 18, No. 4, 2001, p. 463, citado y traducido por GAMBOA MORALES, Nicolás. *Op. cit.*; p. 18.

¹⁶ En este aspecto es necesario citar a las Convenciones de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988 sobre Jurisdicción y Ejecución de Sentencias en Asuntos Civiles y Comerciales, en el ámbito de la Unión Europea; y la Convención de Montevideo de 1979 sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Extranjeros, vigente en la actualidad para varios países en América Latina. Sin embargo, cabe notar, a título ilustrativo, que Estados Unidos no ha suscripto ningún tratado con tal objeto, aunque sí ha ratificado la Convención de Nueva York en 1970.

¹⁷ Hasta la fecha de este trabajo.

¹⁸ GAMBOA MORALES, Nicolás. *Op. cit.*; pp. 18 y ss.

¹⁹ Reiteramos que, conforme a la doctrina moderna y a las recientes leyes de arbitraje, la denominación “acuerdo arbitral” comprende tanto la cláusula compromisoria como el compromiso arbitral.

mediante la firma de un compromiso arbitral. Sin embargo, pese a que existe la posibilidad de elaborar un acuerdo de arbitraje detallado y adecuado a las especiales características y circunstancias de la disputa concreta que lo origina, la experiencia demuestra la conveniencia de incluir la cláusula arbitral en el mismo contrato, ya que, en la mayoría de los casos, cuando el conflicto ha surgido, las partes difícilmente se pongan de acuerdo en algo, inclusive en la vía más adecuada para resolverlo.

2.4. Elementos

Por último, en lo que respecta a estas consideraciones introductorias relacionadas con el acuerdo arbitral, sólo restaría exponer algunas reflexiones puntuales sobre su contenido. En este aspecto se podrían distinguir, por un lado, ciertos elementos esenciales (tales como el alcance o ámbito de aplicación de dicha cláusula²⁰ y la forma de resolución de las disputas²¹) y, por el otro, determinados elementos deseables, entre los cuales podemos mencionar lo relativo al tribunal arbitral, a la ley según la cual se deberán resolver las eventuales controversias, y al lugar e idioma del arbitraje.

No es el objetivo de este trabajo desarrollar en profundidad dichos ele-

mentos, salvo en su relación con las consecuencias de la elección de la sede, que analizaremos más adelante. Baste entonces con señalar lo siguiente:

En lo atinente a la composición del *tribunal arbitral*, es conveniente brindar una adecuada respuesta a tres interrogantes básicos: (i) el número de árbitros; (ii) la forma en que deberán ser elegidos; y (iii) las calificaciones (e inclusive nacionalidades) que deberán ser tenidas en cuenta para dicha selección. En general, en este punto existen mayores probabilidades de llegar a un acuerdo con posterioridad al surgimiento de la disputa, lo cual implica que es menor la necesidad de pactar sobre ello al negociar el contrato (y en todo caso bastará con la indicación del reglamento institucional aplicable que brindará las soluciones ante el silencio o la falta de acuerdo de las partes). En cuanto al número, dependerá siempre de la complejidad del tema en cuestión. Lo usual ante casos complejos o que envuelven grandes sumas en disputa, es un tribunal compuesto por tres miembros cuyo presidente es generalmente designado por la institución arbitral elegida (salvo que se pacte otro mecanismo, tal como la elección de común acuerdo por parte de los otros dos árbitros, o se trate de un arbitraje *ad hoc*). Confianza y neutralidad es lo que realmente debe importar en este

²⁰ V.gr.: "(...) En caso de cualquier controversia con relación a la interpretación y/o ejecución del presente contrato...".

²¹ V.gr.: "(...) será resuelta mediante un arbitraje ante la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, conforme a su Reglamento...". Cabe tener en cuenta también la cláusula modelo de arbitraje recomendada en el propio Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI: "*Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento*".

punto, aunque la nacionalidad debería ser también tenida en cuenta a los fines de evitar la designación de árbitros de igual nacionalidad que la de alguna de las partes.

En segundo término, en lo que respecta al *derecho de fondo* elegido, es necesario tener en cuenta que el arbitraje comercial internacional –a diferencia de su homónimo doméstico– implica la convergencia de diversas leyes nacionales que tienden a regular diferentes aspectos involucrados. En efecto, con un fin meramente ilustrativo, y sin que configure una lista exhaustiva de las posibles leyes en juego en arbitrajes con elementos internacionales, podríamos mencionar las siguientes:

- (i) La ley que gobierna el acuerdo arbitral y su cumplimiento;
- (ii) La ley que regula el fondo de la cuestión sometida a arbitraje, o ley sustantiva (que puede ser más de una, teniendo en cuenta las diferentes prestaciones y los lugares de celebración y de cumplimiento);
- (iii) La ley que gobierna la existencia y procedimientos del tribunal arbitral o *lex arbitri*; y
- (iv) La ley en base a la cual se solicitará el reconocimiento y ejecución del laudo, que puede ser más de una, si la ejecu-

ción debe realizarse en más de un país, esto es la ley del *exequátur*²².

En lo atinente a la elección de la *ley sustantiva*, siempre será conveniente (i) analizar previamente si el derecho elegido está suficientemente desarrollado en los aspectos que pudieran ser objeto de la controversia; y (ii) pactar la exclusión de toda regla de conflicto de leyes, para evitar así reenvíos no deseados a otras leyes cuyos contenidos sobre el tema objeto del contrato es usualmente ignorado al momento de contratar.

En tercer lugar, en lo relativo a la sede y al *idioma del arbitraje*, cabe aclarar que el primero de estos temas será tratado en el punto siguiente, mientras que en relación con el segundo, es indudable que se debe considerar tanto el idioma de cada una de las partes intervinientes como el utilizado en el texto contractual. Sin embargo, es necesario resaltar la conveniencia de que el lenguaje elegido tenga cierto paralelismo con la ley aplicable para decidir la controversia, ya que de lo contrario nos encontraríamos no sólo con las dificultades que implican discutir en un idioma sobre la interpretación de términos legales redactados y comentados en otro, sino también con las incomodidades y los costos involucrados en la traducción de legislación, doctrina y jurisprudencia que se considere aplicable²³.

²² También se podría agregar a dicha enumeración la ley que rige la capacidad de las partes en la firma del acuerdo arbitral, lo cual pone de manifiesto la eventual complejidad que podría adquirir este tema.

²³ En tal sentido siempre es aconsejable llevar adelante el proceso arbitral en el idioma correspondiente a la ley de fondo –o en dos idiomas de ser necesario– y mantener las comunicaciones entre los abogados y sus respectivos clientes en el lenguaje correspondiente en cada caso.

Finalmente, también sería sugerible incluir, como *elementos adicionales* en la cláusula arbitral²⁴:

- (i) Una especial indicación de *la ley conforme a la cual se evaluará la propia validez de la cláusula compromisoria*, especialmente en aquellos supuestos en los cuales la ley que rige sobre el fondo de la controversia trata negativamente al arbitraje (al exigir, por ejemplo, el cumplimiento de requisitos atípicos con relación al acuerdo arbitral). En tales casos es conveniente acordar que la ley que regula la validez de la cláusula compromisoria sea distinta a la que gobierne los méritos de la disputa,

evitándose así la aplicación de disposiciones localistas, alejadas de las modernas tendencias favorables a los arbitrajes internacionales²⁵.

- (ii) *El principio de autonomía del acuerdo de arbitraje* con respecto al resto del contenido contractual, de tal forma que quede claramente pactado que la inexistencia, rescisión, resolución o nulidad del contrato no afecta a la validez de la cláusula arbitral²⁶.

En este aspecto, la Ley Modelo de las Naciones Unidas sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (en adelante, la “Ley Modelo”), en su artículo 16º, establece:

²⁴ Todo ello con la aclaración de que, si quien está negociando los términos de un contrato internacional no está familiarizado con los temas arbitrales, la opción segura a tomar es directamente reproducir alguna de las cláusulas recomendadas en los reglamentos de arbitraje institucional más prestigiosos (v.gr. CCI, LCIA, etc.), sin introducir ninguna modificación en la misma.

²⁵ Ver BOGGIANO, Antonio. *Autonomía y Eficacia de la Cláusula Arbitral*, comentando el fallo en el caso “*Welbers, S.A., Enrique C. c. Extraktionstechnik Gesellschaft Fur Anlagenbau M.B.M.*”, CNApel. Com., Sala E, septiembre 26-988 (Lexis N° 1103/17750): “...De la autonomía de la cláusula arbitral parece desprenderse la posibilidad de que un derecho se aplique a su validez, interpretación y eficacia con independencia del derecho que resulta aplicable al contrato. El derecho aplicable a la cláusula arbitral es, empero, generalmente el mismo que rige el contrato del que forma parte. En virtud del principio de la autonomía esta presunción puede ceder si hay razones para considerar que la cláusula se rige por un derecho distinto del que se rige el resto del contrato. Si hay una elección expresa del derecho aplicable al contrato en su totalidad cabe entender que las partes también sometieron a ese derecho la cláusula arbitral. Salvo que las partes eligiesen otro derecho específicamente aplicable a la cláusula (dépeage)”. Lexis N° 1103/006669.

²⁶ También conocida como “*Separability*” en la doctrina angloamericana. Ver, entre otros, CRAIG, Laurence, PARK, William & PAULSSON, Jan. *International Chamber...*, pp. 48 a 52 y 515 a 516; REDFERN, Alan & Martin HUNTER. *Op. cit.*; pp. 154 a 156. Ya la Convención de Viena de 1980 relativa a la Venta Internacional de Mercaderías establecía que la cláusula compromisoria sobrevive a la resolución del contrato al prever, en su Sección V, que “la resolución no afectará a las estipulaciones del contrato relativas a la solución de controversias ni a ninguna otra estipulación del contrato que regule los derechos y obligaciones de las partes en caso de resolución” (artículo 81.1º). Este principio también fue incorporado en diversas normativas nacionales, tales como la Ley inglesa de Arbitraje de 1996 (“*Arbitration Act*”), en su artículo 7º, y la Ley Federal suiza, en el artículo 178º, entre muchas otras.

“(…) A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”.

Cabe también puntualizar lo sostenido por la jurisprudencia argentina, al expresar que la cláusula compromisoria:

“(…) puede ser contemporánea o no al contrato principal, pero (...) no depende de este último en cuanto a su validez, a la ley aplicable ni al juez dotado de jurisdicción internacional para resolver una eventual controversia”²⁷.

(iii) *El principio Kompetenz-Kompetenz*, en base al cual el tribunal arbitral será el que juzgue sobre su propia competencia y la validez de la jurisdicción arbitral elegida. En tal sentido la Ley Modelo, en su artículo 16°, establece:

“Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su propia

competencia. (i). El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje (...)”²⁸.

(iv) *Una renuncia expresa* a la interposición de recursos en contra del laudo que se dicte. Al respecto, cabe mencionar: (a) si bien dicha renuncia está prevista en la mayoría de los reglamentos de arbitraje, dada su importancia y vinculación con los caracteres esenciales del arbitraje, no sería conveniente soslayarla; y (b) el alcance y la validez de dicha renuncia se encontrarán estrechamente vinculadas con las disposiciones relativas al arbitraje internacional vigentes en el país de origen (generalmente el elegido como sede del arbitraje)²⁹, tal cual analizaremos *infra*.

²⁷ “*Welbers, S.A., Enrique C. c. Extraktionstechnik Gesellschaft Fur Anlagenbau M.B.M.*”, CNApel. Com., Sala E, septiembre 26-988 (Lexis N° 1103/17750). Para un análisis profundo de dicho fallo, ver GRIGERA NAÓN, Horacio. “La autonomía del acuerdo arbitral”. En: *Revista La Ley*. Buenos Aires: La Ley, T. 1989-D, Sec. Doctrina, pp. 1107 y ss.

²⁸ Ver, entre otros, CRAIG, Laurence; PARK, William & PAULSSON, Jan. *International Chamber...*, pp. 48-49, y 512; REDFERN, Alan & Martin HUNTER. *Op. cit.*; pp. 264-267; CHILLÓN MEDINA, José María y José Fernando MERINO MERCHÁN. *Tratado de Arbitraje Privado, Interno e Internacional*. Madrid: Civitas S.A., 1978, pp. 413 y ss.; GONZALEZ ARROCHA, Katherine. “El Principio ‘Kompetenz - Kompetenz’”. En: *Centro de Conciliación y Arbitraje*, Publicaciones, Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura, en www.panacamara.com, que sostiene, citando a PHILIPPE FOUCARD, que la función de este principio es dual, con efectos positivos y negativos. El primero es el permitir que sean los propios árbitros los que decidan acerca de su competencia, y el efecto negativo es que dicha decisión se puede encontrar sujeta a posterior revisión judicial. Este principio también ha sido seguido en varias leyes nacionales, entre las que podemos mencionar a la Ley de Arbitraje de Alemania de 1998 (artículo 1040°), la *Arbitration Act* inglesa de 1996 (artículo 30°) y la normativa suiza (artículo 186°), entre otras.

²⁹ La denominación “país de origen” designa a aquél con jurisdicción internacional para entender ante los recursos de nulidad contra el laudo arbitral. En consecuencia, abarca tanto al país en donde el laudo se dicta como aquél conforme a cuya ley ha sido dictado - de acuerdo a lo previsto en el artículo V de la Convención de Nueva York. En el presente trabajo, salvo que se indique lo contrario “país de origen” y “sede arbitral” son términos utilizados en forma indistinta.

3. LA SEDE DEL ARBITRAJE³⁰

Luego de las reflexiones introductorias relativas a los beneficios y elementos de la cláusula arbitral, centraremos nuestro análisis en la sede del arbitraje, considerando en primer término los diversos factores que deberían ser recordados al seleccionarla y, en segundo lugar, los efectos de dicha elección.

3.1. Elección. Arbitraje Institucional

En principio, en el ámbito de los arbitrajes comerciales internacionales rige en general el principio de la autonomía de la voluntad, de tal modo que, las partes se encuentran en libertad de elegir la sede arbitral que consideren más conveniente. Dentro de dicho marco, pueden optar por dejar dicha elección a una institución arbitral (especialmente si se trata de un arbitraje institucional, como es el caso de los supervisados por la Corte

Internacional de Arbitraje, en el ámbito de la CCI)³¹ o acordar que sea llevada a cabo por el mismo tribunal arbitral, tal como se prevé en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o UNCITRAL, conforme a su denominación en inglés)³². Cabe notar una orientación diferente incorporada en las Reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de Londres, cuyas normas establecen que, a falta de acuerdo entre las partes, la sede será Londres, salvo que dicha Corte estime otro lugar como más apropiado³³.

3.2. Criterios. Concepto jurídico

En cuanto a los criterios a tener en cuenta para la selección de la sede, además de ciertos factores de relativa relevancia, como son los relacionados con la infraestructura del lugar y los costos involucrados³⁴, se impone la necesidad de garantizar un elemento vital en todo arbitraje internacional: la neutralidad.

³⁰ La denominación "sede" ha sido considerada por la doctrina como más específica y apropiada que "lugar", distinción que también se ha visto reflejada en otros idiomas (v.gr.: *seat* o *place*). Sin embargo, debido a su amplia utilización a nivel mundial, este último término no ha sido cambiado en el artículo 14.1° del Reglamento de la CCI. Por el contrario, el nuevo Reglamento de la LCIA, en vigencia desde el 1 de enero de 1998, utiliza la palabra "sede" con el fin de ser consistente con el uso que se le da a ese término en el artículo 3° de la *Arbitration Act* inglesa. Cfr. DERAIS Yves & Eric SCHWARTZ . *Op. cit.*; p. 201.

³¹ Reglamento de la CCI, artículo 14.1°.

³² Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o UNCITRAL, artículo 16.1°.

³³ Reglamento de la LCIA, artículo 16.1°.

³⁴ Existen factores económicos a tener en cuenta, tales como los costos e inconvenientes del viaje así como la necesidad de que exista una adecuada infraestructura para llevar adelante las audiencias. También se debe considerar la existencia de abogados locales que puedan asistir en caso de necesidad así como otros profesionales que pudieran ser necesarios según la índole del caso (v.gr.: contadores, ingenieros, traductores, etc., ya que los costos son usualmente inferiores si se puede contar con dichos servicios en la sede). Tampoco se puede soslayar el hecho de que puedan existir restricciones al ingreso de las partes, sus abogados y los testigos (v.gr.: la necesidad de tener visas para ello, etc.). Sin embargo, sostenemos que todo ello tiene una relevancia relativa ya que tanto las audiencias como las reuniones del tribunal arbitral se pueden efectuar en otro lugar, quizás más conveniente y con menores costos, sin que esto requiera modificar la sede elegida.

En tal sentido, es conveniente que la sede elegida no coincida con el domicilio societario o el centro de actividades comerciales de ninguna de las partes.

Esta elección tendrá también su proyección en la constitución del tribunal arbitral, ya que, (i) es aconsejable que el país sede sea diferente al de residencia o nacionalidad de alguno de los co-árbitros propuestos por las partes³⁵; y (ii) inversamente, podría ser conveniente que haya cierto paralelismo entre la sede elegida y el presidente del tribunal arbitral, a los fines de contar con el dominio adecuado de la legislación de la sede y las posibles causales de nulidad del laudo contempladas en la misma.

Sin embargo, es necesario resaltar que el criterio más importante para hacer esta selección está vinculado con sus consecuencias o efectos jurídicos, tal como se expondrá en los puntos siguientes.

En efecto, es necesario enfatizar que la sede del arbitraje es un concepto jurídico que va mucho más allá de la mera determinación física o geográfica del lugar en donde probablemente se desarrollará el arbitraje. De allí que, en

general, tanto las audiencias como las deliberaciones de los árbitros pueden ser realizadas en un lugar distinto a la sede, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la conveniencia de los árbitros, de las partes y de los testigos, tal como lo disponen los Reglamentos de la CCI³⁶, de UNCITRAL³⁷ y de la LCIA³⁸.

4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ELECCIÓN DE LA SEDE ARBITRAL

4.1. Control Judicial

Analizaremos ahora los efectos de la elección de la sede en el ámbito de los arbitrajes internacionales, considerando especialmente el control judicial de los laudos arbitrales y sus limitaciones.

Como hemos comentado, la selección del lugar del arbitraje tiene una notable gravitación jurídica, ya que de este modo indirectamente se está determinando cuál será el grado del control judicial susceptible de ser aplicado tanto al procedimiento como al laudo arbitral por parte de los jueces del país de origen (generalmente, los de la sede arbitral)³⁹.

³⁵ No debemos olvidar que, en el supuesto de un eventual control judicial del país sede con posterioridad al dictado del laudo arbitral (v.gr. ante un planteo de nulidad del laudo), la posición sostenida en el propio laudo por dicho árbitro - especialmente si ha sido emitida como opinión en disidencia - podría tener una gravitación relevante sobre los tribunales locales, ya que usualmente se trata de juristas de prestigio y conocida trayectoria en dicho país.

³⁶ Reglamento de la CCI, artículos 14.2° y 14.3°.

³⁷ Reglamento de UNCITRAL, artículos 16.2° y 16.3°.

³⁸ Reglamento de la LCIA, artículo 16.2°. Si los lugares de reunión difieren del elegido como sede, se considerará que el arbitraje tiene lugar en la sede designada.

³⁹ En base a lo establecido en la Convención de Nueva York, la jurisdicción internacional ante planteos de nulidad recae sobre las autoridades judiciales competentes del país en el cual o conforme a cuya ley se ha dictado el laudo (artículo V.1.e).

Por otra parte, esta elección también podría tener incidencia en el país donde será necesario ejecutar el laudo, por lo cual se torna imperioso analizar si el Estado que será sede arbitral es signatario o se ha adherido a la Convención de Nueva York⁴⁰, lo cual significa, en otras palabras, si está preparado para reconocer y ejecutar los laudos arbitrales extranjeros⁴¹. En efecto, ello puede tener una influencia decisiva si el país en donde se interpone el *exequátur* también es parte de la Convención de Nueva York, pero ha suscripto tal convención bajo la reserva de reciprocidad (lo que significa que aplicará dichas normas convencionales previstas para el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros únicamente en los casos de laudos dictados en territorio de otro Estado contratante). Esto sin duda alguna acrecienta la dimensión y relevancia que puede alcanzar la selección de la sede arbitral.

Como hemos mencionado precedentemente, la determinación de la sede del arbitraje involucra uno de los temas de mayor trascendencia dentro del ámbito del arbitraje comercial internacional, esto

es, la extensión del control judicial que el país sede podrá ejercer sobre el laudo arbitral.

En consecuencia, y a fin de analizar ciertas aristas relevantes de dicha labor de revisión de los tribunales del país sede, examinaremos tanto las formas de ejercer dicho control judicial como sus límites, incluyendo la renuncia (expresa o tácita) a las vías recursivas, y ciertas tendencias modernas en favor del desplazamiento del control judicial hacia los jueces del *exequátur*.

4.2. Ejercicio del Control Judicial. Formas

Uno de los modos de ejercer este control es mediante la intervención de los tribunales judiciales del país de origen durante el procedimiento de arbitraje, antes de que se dicte el laudo arbitral. Sin embargo, ya a fines de la década pasada surgió una clara tendencia en las leyes arbitrales más modernas en favor de la primacía y el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes, y por lo

⁴⁰ O a otra convención internacional de similares características, tal como, por ejemplo, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional firmada en Panamá el 30 de enero de 1975 o la Convención Europea sobre Arbitraje Comercial Internacional suscripta en Ginebra el 21 de abril de 1961.

⁴¹ Convención de Nueva York, artículo III. Por ello cobra importancia el lugar en donde se dicta el laudo, como elemento determinante de la aplicación de la Convención de Nueva York. Cabe notar que, por ejemplo, la *Arbitration Act* inglesa, siguiendo los lineamientos de las modernas leyes de arbitraje, establece que el laudo será considerado como dictado en la sede arbitral, cuando ésta sea Inglaterra, Gales o Irlanda del Norte, sin importar dónde fue firmado (artículo 53°). Similar disposición encontramos también en la Ley de Arbitraje de Alemania de 1998 (artículo 1054°). Asimismo, el Reglamento CCI contiene una disposición de similar contenido: "Artículo 25°. *Pronunciamiento del Laudo...* 3. *El Laudo se considerará pronunciado en el lugar de la sede del arbitraje y en la fecha que en él se mencione*". El Reglamento de UNCITRAL, por el contrario, establece que el laudo deberá ser dictado en el lugar del arbitraje (artículo 16.4°), mientras que el artículo 26.1° del Reglamento de la LCIA simplemente establece que el laudo "(...) contendrá la sede del arbitraje".

tanto, del conjunto de normas por ellas acordado o elegido (v.gr.: el Reglamento de la CCI o de UNCITRAL). Conforme a ello, la intervención judicial tiene carácter de excepción, encontrándose netamente limitada a funciones de asistencia y colaboración⁴². Éste es el criterio que establece la Ley Modelo⁴³, así como la citada *Arbitration Act* inglesa⁴⁴ y otras legislaciones modernas⁴⁵.

La citada función de asistencia se manifiesta durante el proceso arbitral, a pedido de alguna de las partes o del tribunal arbitral, y tiene por objeto posibilitar la iniciación del arbitraje sin inconvenientes⁴⁶ y su posterior desarrollo de la manera más eficiente (razón por la cual puede tener lugar en diversas supuestos, tales como la citación de testigos o la protección de elementos de prueba)⁴⁷.

Esto nos conduce a puntualizar que, en relación con el ejercicio del citado control por parte de los tribunales judiciales del país de origen durante el procedimiento de arbitraje, esto es, antes de que se dicte el laudo arbitral, se impone el principio de autonomía del procedimiento arbitral, conforme al cual el arbitraje debe desarrollarse prácticamente sin interferencia judicial hasta el dictado del correspondiente laudo⁴⁸.

La jurisprudencia francesa –cuya antigua legislación procesal sobre arbitraje constituyó la fuente normativa de gran parte de las regulaciones de los países latinoamericanos⁴⁹– dejó ya plasmada en el año 1987 una posición que fue seguida desde entonces, basada en el respeto del citado principio de autonomía del procedimiento arbitral, el

⁴² Aunque se ha aceptado algún grado de control, al menos para asegurar un mínimo nivel de objetividad y justicia. Ver REDFERN, Alan & Martin HUNTER. *Op. cit.*; p. 429.

⁴³ Ley Modelo, "Artículo 5°. Alcance de la intervención del tribunal. En los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal salvo en los casos en que esta Ley así lo disponga".

⁴⁴ *Arbitration Act*, "Artículo 1° c. La disposiciones de este Capítulo se fundan en los siguientes principios y se procederá de acuerdo a los mismos: (...) en las materias regidas por este Capítulo la Corte no deberá intervenir a menos que este Capítulo así lo disponga".

⁴⁵ Similar orientación siguen la Ley Alemana de 1998 (artículo 1032°), la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado (artículo 7°), y la Ley Sueca de 1999 (artículo 4°).

⁴⁶ En el caso de arbitrajes *ad hoc*, ya que ante arbitrajes institucionales, el procedimiento de constitución del tribunal arbitral está generalmente previsto en las reglas aplicables (v.gr. Reglamento CCI, artículos 4°, 5°, 7° y ss.).

⁴⁷ La posibilidad de asistencia judicial en lo que se refiere a la comparecencia de testigos o recaudo de pruebas es receptada, entre otros, por la *Arbitration Act* inglesa (artículo 43°), la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado (artículo 184°) y la Ley de Brasil de 1996 (artículo 22°) que fuera declarada constitucional por el Supremo Tribunal Federal de Brasil en diciembre de 2001 a raíz del caso "*MBV Commercial and Export Management Establishment c. Resil Industria e Comercio Ltda.*", Sentencia Extranjera N° 5206.

⁴⁸ Para todo lo relativo al principio de autonomía del procedimiento arbitral, ver PARODI, Gustavo. "El Caso Yacretá (o cómo retroceder ochenta años)". En: *Revista de Derecho Comparado* N° 11. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 187 y ss.

⁴⁹ Pero con la diferencia de que en Francia hace tiempo que ya ha sido modificada para incorporar soluciones acordes con la realidad de los negocios internacionales.

cual fue claramente expuesto en un fallo de la Cámara de Apelaciones de París que sostuvo:

“(...) el ejercicio de las prerrogativas propias de las facultades jurisdiccionales de los árbitros, las cuales son legítimas y autónomas, debe ser garantizado en una forma totalmente independiente, como corresponde a cualquier juez (...) sin ninguna intervención judicial”⁵⁰.

En este orden de ideas, es necesario reiterar que este “desapoderamiento judicial” no se extiende *sine die*, esto es, no hay una ausencia de control judicial del arbitraje sino tan solo su diferimiento para una etapa ulterior. Esto significa que se aplica una regla de prioridad cronológica en base a la cual, los jueces podrán examinar el acuerdo y el procedimiento arbitral posteriormente, en caso de plantearse la nulidad del laudo arbitral o en ocasión del pedido de *exequátur* del laudo en el extranjero, momentos en los cuales el tribunal arbitral ha cesado de tener jurisdicción, conforme a lo pactado por las partes⁵¹.

De este modo la función de control es ejercida esencialmente con posterioridad

al dictado del laudo arbitral, a pedido de una de las partes y, como hemos puntualizado, tiene lugar –eventualmente– en dos ocasiones específicas: la impugnación del laudo –a través de la cual se ataca su validez ante los tribunales judiciales del país de origen⁵²– y su ejecución posterior en cualquier otro país, en cuyo supuesto el juez interviniente examinará la existencia de alguna de las principales causales de rechazo del *exequátur*.

Dicho control judicial posterior –que pone de manifiesto la relevancia de la sede elegida– será ejercido en primer término por los tribunales judiciales del país sede y dentro del marco jurídico dado por las vías recursivas reconocidas legislativamente. Esto significa que en definitiva serán las normas nacionales de arbitraje de dicho país las que determinen las condiciones, causales y alcances de la eventual impugnación judicial del laudo internacional dictado por el tribunal arbitral⁵³.

En efecto, las cuestiones relativas a las vías y a las modalidades en que un laudo arbitral internacional puede ser

⁵⁰ “*Chambre Arbitrale de Paris v. République de Guinée*”, Cámara de Apelaciones de París, 18 de noviembre de 1987, Rev. Arb. 657, 1988. Mediante esta decisión, la citada Cámara revocó la resolución del tribunal inferior que había ordenado la suspensión del procedimiento arbitral. Ver también el fallo “*Industrialexport v. K*”, del Tribunal de Primera Instancia de París, 15 de febrero de 1995. 1996 Rev. Arb. 503. Dicha tendencia ha sido incorporada también en el derecho inglés –previendo limitados casos en los cuales se podría permitir la intervención judicial durante el procedimiento arbitral– en el cual tradicionalmente se había sostenido un criterio opuesto.

⁵¹ Ver BELANDRO, Rubén Santos. *Arbitraje Comercial Internacional*. Tercera Edición. Oxford University Press, pp. 290 y ss.

⁵² Recordamos que el país de origen es el país sede del arbitraje o aquel cuya ley procesal se aplica al mismo. Conforme al artículo V.1 de la Convención de Nueva York, los tribunales judiciales del país de origen tienen jurisdicción internacional para entender ante un eventual recurso de nulidad contra la validez del laudo.

⁵³ Obviamente que en tal caso se deberán también tener en cuenta las convenciones internacionales vigentes en el país sede.

atacado dependerán de la regulación que efectúe la ley a la luz de la cual se realice la revisión judicial (usualmente, la ley del país sede del arbitraje), lo cual implica que variarán de un país a otro. Cada Estado tiene sus propias características e intereses en base a los cuales sostiene una determinada posición con relación a la revisión judicial de los laudos arbitrales.

En tal sentido, cabe notar a título ilustrativo que, dentro del marco de las diversas leyes nacionales se pueden distinguir esencialmente dos grupos diferentes, considerando las causales que se suelen invocar para atacar la validez del laudo arbitral: (i) por un lado, las relativas a la falta de jurisdicción del tribunal arbitral; y (ii) por el otro, las atinentes a las irregularidades en el procedimiento⁵⁴. Asimismo, en general, existe una clara tendencia a considerar como causales de nulidad de los laudos arbitrales internacionales a las mismas causales de denegación del *exequátur* previstas en el artículo V de la Convención de Nueva York⁵⁵.

Todo ello sin olvidar que, como consecuencia de la notable disparidad existente entre las diversas leyes nacionales, éstas suelen ser inadecuadas para los casos internacionales. Dichos inconvenientes fueron claramente expuestos en el informe elaborado en mayo de 1981, en el marco de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil In-

ternacional, con relación al entonces proyecto de Ley Modelo, y fueron luego ratificados en la Nota Explicativa de ese marco normativo. En dichos documentos se indica que, por un lado, existen leyes nacionales modernas, adaptadas al arbitraje comercial internacional, y por el otro, nos encontramos ante legislaciones anticuadas, que (i) equiparan el proceso arbitral a los litigios ante los tribunales judiciales, o (ii) tratan aspectos parciales del arbitraje, o (iii) han sido elaboradas para satisfacer únicamente las necesidades de arbitrajes domésticos, lo cual: “(...) entraña desafortunadamente la consecuencia de intentar aplicar a los casos internacionales los principios locales tradicionales y por lo general no se satisfacen las necesidades de la práctica moderna”⁵⁶.

4.3. Límites a la Revisión Judicial

La medida del control judicial del arbitraje internacional se encuentra generalmente ligada a la dimensión en que se acepta la autonomía de la voluntad de las partes en los diversos regímenes jurídicos nacionales. Dentro de este marco, la actual tendencia a imponer límites a la revisión judicial de las decisiones arbitrales se fundamenta, como claramente lo indicaba PHILIPPE FOUCARD, en la sólida convicción de que la materia de estas controversias constituye un

⁵⁴ Ver GARNETT, Richard, GABRIEL, Henry, WAICYMER, Jeff & EPSTEIN, Judd. *A Practical Guide To International Commercial Arbitration*. New York: Oceana Publications Inc., 2000, pp. 115 y ss.

⁵⁵ Ver PARODI, Gustavo. “La Cláusula Arbitral: Efectos de la Elección de la Sede del Arbitraje y el Control Judicial. Hacia un Sistema de Congruencias”. En: *Revista de Derecho*. Montevideo: Universidad de Montevideo. Año II, 2003, No. 4, pp. 49 y ss.

⁵⁶ UN Doc. A/CN.9/207, 14 Mayo 1981, p. 6, y Nota Explicativa de la Ley Modelo.

asunto propio de los árbitros, y no le está dado al juez pronunciarse sobre el acierto o error de lo que ellos han decidido en torno a la específica relación negocial que originó el litigio⁵⁷.

En definitiva, la citada tendencia a través de la cual se rechaza o reduce la posibilidad de los tribunales judiciales de controlar el acierto o mérito de las decisiones arbitrales se ha manifestado legislativamente en las siguientes formas:

- (i) Aceptando la validez de las renunciaciones efectuadas por las partes respecto a la utilización de vías recursivas, lo cual es incorporado en la Ley Federal suiza de Derecho Internacional

Privado⁵⁸, tanto en la anterior como en la actual normativa sobre arbitrajes de Bélgica⁵⁹ y en la Ley de Arbitraje de Panamá en los casos de arbitraje comercial internacional⁶⁰;

- (ii) Requiriendo el acuerdo de las partes para admitir la recurribilidad del laudo en los casos de arbitrajes internacionales, como sucede con la Ley de Arbitraje de Portugal⁶¹;
- (iii) Limitando la revisión judicial exclusivamente al recurso de nulidad, corriente que ha encontrado eco, por ejemplo, en la Ley de Arbitraje de

⁵⁷ FOUCHARD, Philippe. "L'arbitrage commercial et le législateur". En: *Etudes dédiées a René Roblot*. París, 1984, p. 75, citado por ANAYA, Jaime L. "Recursos contra los laudos arbitrales". En: *Revista El Derecho*, t. 161. Bs. As.: El Derecho, p. 522. Esta línea de pensamiento ha sido recibida en la jurisprudencia, a cuyos efectos vale citar la opinión de la Corte Federal del Distrito de Columbia en Washington en el conocido caso *Chromalloy*. Allí sostuvo dicho tribunal que los laudos arbitrales sólo pueden ser declarados nulos, conforme a la Ley Federal de Arbitraje, en "muy limitadas circunstancias". Ver *infra*.

⁵⁸ Ley Federal de Derecho Internacional Privado de Suiza: Capítulo 12: Arbitraje Internacional. X. Acuerdo de Exclusión. "Artículo 192° (1) Cuando ninguna de las partes tenga domicilio, residencia habitual, o un establecimiento comercial en Suiza, ellas podrán, mediante una declaración expresa en el acuerdo de arbitraje o mediante un acuerdo subsiguiente por escrito, excluir todos los procedimientos de nulidad, o podrán limitar tal procedimiento a uno o varios de los fundamentos enumerados en el Artículo 190, par. 2°".

⁵⁹ Código Judicial belga: (i) modificación de 1998: "Artículo 1717°, inciso 4: Las partes podrán, mediante una declaración expresa en el acuerdo arbitral o en un acuerdo posterior, excluir cualquier solicitud de declaración de nulidad del laudo arbitral, en caso que ninguna de ellas sea una persona física de nacionalidad belga o una persona física que tenga su residencia habitual en Bélgica o una persona jurídica que tenga su asiento principal o una sucursal en Bélgica"; y (ii) reforma de 1985: "Artículo 1717°, inciso 4: La Corte belga podrá entender en la solicitud de declaración de nulidad sólo si al menos una de las partes de la controversia resuelta en el laudo arbitral es o una persona física de nacionalidad belga o residente en Bélgica, o una persona jurídica formada en Bélgica o que tenga una sucursal, o alguna sede de operaciones allí".

⁶⁰ Ley de Arbitraje de Panamá (Decreto Ley N° 5 del 8 de julio de 1999): "Artículo 36°: Si el arbitraje es comercial internacional de conformidad con el presente Decreto Ley, las partes podrán pactar, o el reglamento de arbitraje establecer, la renuncia al recurso de anulación prevista en el artículo anterior".

⁶¹ Ley de Arbitraje de Portugal: "Artículo 32°: Tratándose de arbitraje internacional, la decisión del Tribunal arbitral será pasible de recurso si Las Partes eso hubieran acordado y regulado sus términos en el acuerdo de Arbitraje".

Alemania de 1998⁶², en el Código General del Proceso uruguayo⁶³ y en las nuevas legislaciones de arbitraje sancionadas en el año 2008 en Perú⁶⁴ y en República Dominicana⁶⁵; o

- (iv) Posibilitando la remisión del laudo impugnado al tribunal arbitral a los fines de lograr su modificación o clarificación, de modo tal de eliminar las causales de nulidad y preservar la validez del laudo, posición recogida en la Ley Modelo⁶⁶, en la *Arbitration Act* inglesa⁶⁷ y en la Ley sueca de 1999⁶⁸.

Dada la índole de este trabajo, a continuación analizaremos a título

ilustrativo sólo una de las manifestaciones de esta tendencia para examinar entonces brevemente el alcance y la validez de los acuerdos de irrecurribilidad de los laudos arbitrales y el desplazamiento del control judicial relacionado con las renunciaciones manifestadas por las partes.

4.4. Renuncia a las Vías Recursivas

4.4.1. Manifestaciones. Reglamentos Internacionales

La renuncia a la interposición de recursos en contra del laudo, o el acuerdo mediante el cual se considera que la decisión del tribunal arbitral será final e

⁶² Ley de Arbitraje alemana: "Artículo 1059°. Acción de nulidad: Se podrá recurrir ante una corte contra un laudo arbitral únicamente mediante una acción de nulidad en conformidad con los incisos 2 y 3 de este artículo".

⁶³ Código General del Proceso de Uruguay: "Artículo 499°: Contra el laudo arbitral no habrá más recurso que el de nulidad (...)" (aunque las provisiones normativas del CGP están destinadas, en su gran mayoría, a regular los arbitrajes domésticos o nacionales). El Código Procesal Civil y Comercial argentino, si bien contiene normas anacrónicas tendientes a regular el arbitraje doméstico, prevé la posibilidad de renunciar a los recursos con excepción del de aclaratoria y nulidad (artículo 760°). Ver PARODI, Gustavo. "*El Caso Yacyretá...*", pp. 211 y ss.

⁶⁴ Decreto Legislativo de Perú N° 1071: "Artículo 62° - Recurso de anulación: Contra el laudo sólo podrá interponerse recurso de anulación. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63°".

⁶⁵ Ley de República Dominicana N° 489 de Arbitraje Comercial: "Artículo 39°: Acción de Nulidad contra el Laudo Arbitral. Contra un laudo arbitral sólo podrá recurrirse ante un tribunal mediante una petición de nulidad, conforme a los párrafos 2) y 3) de este artículo".

⁶⁶ Ley Modelo, artículo 34° (4): "El tribunal, cuando se le solicite la anulación de un laudo, podrá suspender las actuaciones de nulidad, cuando corresponda y cuando así lo solicite una de las partes, por un plazo que determine a fin de dar al tribunal arbitral la oportunidad de reanudar las actuaciones arbitrales o de adoptar cualquier otra medida que a juicio del tribunal arbitral elimine los motivos para la petición de nulidad".

⁶⁷ *Arbitration Act*, artículo 68°(3): "Si se demuestra que ha habido una irregularidad seria afectando al tribunal, al procedimiento o al laudo, la corte puede (a) remitir el laudo al tribunal, en todo o en parte, para reconsideración, (...)" . Simular previsión es establecida en el artículo 69°(7) en relación a recursos presentados en base a errores de derecho.

⁶⁸ Ley de Arbitraje de Suecia de 1999, artículo 35°: "Un juez puede suspender los procedimientos relativos a la invalidez o nulidad de un laudo por un cierto período de tiempo, a los fines de que los árbitros tengan la oportunidad de retomar el proceso arbitral, o tomar alguna otra medida que, en opinión de los árbitros, eliminará la causa de invalidez o nulidad (...)" .

irrecurable, puede asumir dos formas: expresa o tácita.

La renuncia será expresa cuando existe una manifestación en tal sentido incluida explícitamente en la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral. Tal requisito es exigido tanto en la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado como en la legislación arbitral belga de 1998.

Por otro lado, la renuncia también puede tener lugar tácitamente, cuando las partes, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad, adoptan el reglamento de alguna de las principales instituciones arbitrales internacionales que prevé específicamente dicha renuncia. Así, el Reglamento de la CCI establece:

“Todo laudo es obligatorio para las partes. Al someter su controversia a arbitraje según el Reglamento, las partes se obligan a cumplir sin demora cualquier Laudo que se dicte y se considerará que han renunciado a cualesquiera vías de recurso a las que puedan renunciar válidamente”⁶⁹.

En consecuencia, la elección de la vía arbitral realizada bajo el Reglamento de la CCI implica implícitamente, en principio, la exclusión de todo recurso judicial contra el laudo ante los jueces del país de origen⁷⁰. Sin embargo, la dimensión o el alcance de dicha renuncia estará determinada por la normativa de dicho país aplicable a los arbitrajes internacionales.

En forma concordante con esta interpretación, los únicos recursos previstos en el Reglamento de la CCI se refieren a la corrección de errores tipográficos o similares y a la interpretación del laudo⁷¹, lo cual en cierto modo también es una consecuencia de la labor de revisión que efectúa la Corte de la CCI, previo al dictado de la sentencia arbitral y atento a sus facultades de control sobre el proyecto del laudo⁷².

En sentido acorde con la citada exclusión tácita del control judicial del laudo arbitral se encuentran también disposiciones similares de otras instituciones arbitrales internacionales, tales como el Reglamento de la LCIA⁷³, las

⁶⁹ Reglamento de la CCI, artículo 28° (6).

⁷⁰ El país en donde o conforme a cuya ley se dictó el laudo (Convención de Nueva York, artículo V (1) (e)).

⁷¹ Reglamento de la CCI, artículo 29°. En forma similar, ver el Reglamento de la LCIA, artículo 27°; las Reglas de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (“WIPO”), artículo 66°; y el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (“CC Estocolmo”), artículo 41°.

⁷² Reglamento de la CCI, artículo 27°: “Examen previo del Laudo por la Corte: Antes de firmar un Laudo, el Tribunal Arbitral deberá someterlo, en forma de proyecto, a la Corte. Ésta podrá ordenar modificaciones de forma y, respetando la libertad de decisión del Tribunal Arbitral, podrá llamar su atención sobre puntos relacionados con el fondo de la controversia. Ningún Laudo podrá ser dictado por el Tribunal Arbitral antes de haber sido aprobado, en cuanto a su forma, por la Corte”.

⁷³ Reglamento de la LCIA, Artículo 26° (9). “El laudo: Todos los laudos serán definitivos y vinculantes para las partes. Las partes, sometiéndose a arbitraje bajo los auspicios de este Reglamento, se comprometen a ejecutar inmediatamente y sin demora cualquier laudo (condicionado sólo por el Artículo 27°). Las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera

Reglas de la Organización Mundial de Propiedad Intelectual (WIPO)⁷⁴, el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo⁷⁵, y el Reglamento de UNCITRAL⁷⁶.

El fundamento de tales disposiciones descansa en el hecho de que las partes, al firmar el acuerdo de arbitraje (ya sea mediante la cláusula compromisoria o en el compromiso arbitral), han deseado que por esa vía se llegue a una decisión final, y no que, luego de emitido el laudo, se plantee su revisión ante los jueces nacionales, prolongándose el proceso en forma contraria a lo acordado.

4.4.2. Alcance. Jurisprudencia

La extensión y validez de estas renunciaciones deben analizarse desde la perspectiva del derecho nacional aplicable a los arbitrajes internacionales, lo cual pone claramente de manifiesto —una vez más— la relevancia que adquiere la elección de la sede arbitral. Es decir que es necesario analizar si la ley del país de origen (usualmente el de la sede)

permite o no dichas renunciaciones al derecho de impugnar un laudo internacional, lo cual varía de un país a otro. Así, por ejemplo, la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado, en algunos supuestos y mediante una declaración expresa, permite la renuncia a recurrir aun ante irregularidades procesales, siempre que ninguna de las partes sea residente o tenga su sede o sucursal en Suiza⁷⁷. Asimismo, además de las citadas previsiones normativas que, como hemos comentado, se encuentran tanto en las diferentes leyes nacionales como en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales internacionales, la renuncia que las partes efectúan al derecho a recurrir el laudo también ha tenido su manifestación en la jurisprudencia. Así cabe notar lo sostenido por la Corte de Apelaciones de París en el caso *Lebar*, que incluso condenó por procedimiento abusivo a aquella parte que interpuso el recurso de apelación en contra del laudo de la CCI, basado en el hecho de que, conforme al Reglamento de la CCI, el apelante había renunciado al derecho a recurrir⁷⁸.

vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia pueda ser válidamente realizada”.

Artículo 29°(2): “Las decisiones de la Corte de la LCIA: Dentro de los límites permitidos por la ley de la sede del arbitraje, se presumirá la renuncia de las partes a interponer ante un juez competente o ante cualquier otra autoridad judicial recurso de apelación o de revisión contra estas decisiones adoptadas por la Corte de la LCIA. Si dichas apelaciones son irrenunciabiles por virtud de preceptos o normas imperativas, la Corte de la LCIA, de conformidad con tales normas, decidirá sobre la pertinencia de la suspensión del arbitraje durante la substanciación del recurso de apelación o de revisión”.

⁷⁴ Reglas de la WIPO, artículo 64°.

⁷⁵ Reglamento de la CC Estocolmo, artículo 40°.

⁷⁶ Reglamento de UNCITRAL, artículo 32°.

⁷⁷ Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado, artículo 192°(1). Ver supra nota 56.

⁷⁸ “*Victor Lebar v. Société Atlas Werk A.G.*”, Cour d’appel de París, 22 de abril de 1980, 1981 Revue de l’arbitrage 171, citado por CRAIG, Laurence, PARK, William & PAULSSON, Jan. “*International Chamber...*”, p. 402.

En sentido concordante, no es posible dejar de mencionar lo resuelto en el caso *Gotaverken*, en el cual se admitió el *exequátur* en Suecia de un laudo arbitral CCI pronunciado en París, a pesar de que se encontraba pendiente de resolución un juicio de nulidad en dicha ciudad francesa. Al fundar su resolución, la Suprema Corte Sueca consideró decisiva la renuncia prevista en el Reglamento de la CCI respecto a la utilización de cualquier vía recursiva, al sostener:

“Por medio de la cláusula de arbitraje de los contratos de construcción de navíos, las partes acordaron cumplir con el laudo como definitivamente obligatorio y ejecutable en las materias sometidas a los árbitros. Aún más, el Reglamento de Arbitraje de la CCI, bajo el cual se llevó a cabo el procedimiento, contiene una disposición [Artículo 28°(6), Reglamento de 1998] de que el laudo será definitivo. Teniendo en cuenta lo dicho anteriormente, debe considerarse que el presente laudo arbitral se ha convertido en obligatorio y ejecutable para las partes en Francia, bajo el significado que el Acta [Sueca] sobre Laudos y Acuerdos Arbitrales Extranjeros pretende, desde el momento y en virtud del propio hecho por el que fue realizada. El hecho de que el comprador haya atacado el laudo en Francia (...) no tiene ningún efecto respecto a esto”⁷⁹.

4.5. Desplazamiento del Control Judicial

Dentro de esta posición, marcada por la limitación de la intervención judicial y el respeto de la autonomía de la voluntad de las partes con relación a la revisión del laudo arbitral, se destacan aquellas legislaciones que inclusive establecen claramente la incompetencia del juez nacional para conocer en las demandas de anulación de laudos arbitrales que carecen de vinculación con el país sede del arbitraje. Tal es lo que preveía la reforma del Código Judicial belga de 1985, en virtud de la cual los jueces belgas eran incompetentes para entender en los recursos de nulidad de laudos arbitrales que no tuvieran vinculación con Bélgica⁸⁰. Dicha normativa, si bien fue luego modificada, mantuvo el mismo espíritu, ya que actualmente prevé que la citada incompetencia no tiene carácter imperativo sino que surge sólo si las partes —que carecen de contacto con el país sede— pactan la exclusión de todo recurso contra el laudo arbitral, siguiendo el criterio sentado en la Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado. Esta última permite acordar expresamente la renuncia a toda impugnación del laudo cuando las partes no tienen domicilio u organización estable en Suiza⁸¹ (en igual sentido cabe citar también al Código de Arbitraje de Túnez de 1993)⁸².

⁷⁹ “*General National Maritime Transport Co. v. Götaverken Arendal Aktiebolag*”, Suprema Corte Sueca, 13 de agosto de 1979, comentado por PAULSSON, Jan. “The Role of Swedish Courts in Transnational Commercial Arbitration”. En: 21 *Virginia Journal of International Law*, pp. 211 y ss.

⁸⁰ Código Judicial de Bélgica, artículo 1717. Ver *supra* nota 57.

⁸¹ Ley Federal suiza de Derecho Internacional Privado, artículo 192° (1). Ver *supra* nota 56.

⁸² Ley de Arbitraje de Túnez No. 93-42 de 1993: Capítulo III: Del arbitraje internacional, Sección VII: Recursos contra el laudo arbitral, Artículo 78° inc. 6: “(...) Las partes que no tengan en Túnez, ni domicilio, ni residencia principal, ni establecimiento, pueden convenir expresamente excluir todos los recursos, total o parcialmente, contra toda decisión del tribunal arbitral (...)”.

De este modo, al admitir la validez de las renunciadas acordadas por las partes y determinar inclusive la incompetencia de los tribunales de la sede, no se ha pretendido eliminar todo control judicial sobre el arbitraje internacional sino que se ha decidido desplazar dicho control de manera tal que éste no sea realizado por el juez de la sede del arbitraje sino por el de la ejecución⁸³. Todo ello es coherente con el hecho de que, en general, en un arbitraje internacional, su impacto social y económico suele tener lugar fuera del país sede, precisamente porque dicho país ha sido seleccionado considerando la necesidad de neutralidad, lo que implica que probablemente ninguna de las partes tiene bienes o domicilio allí. En consecuencia, el laudo que se dicte difícilmente podría afectar intereses del país sede, a menos que se aplique también su derecho de fondo para resolver la controversia, en cuyo caso se podría a lo sumo considerar el valor de la decisión arbitral como un precedente en tal sentido⁸⁴.

Este punto de vista es compartido por una línea de pensamiento originada en Francia, con prestigiosos defensores, tales como JAN PAULSSON⁸⁵, PHILIPPE FOUCHARD⁸⁶ y BERTHOLD GOLDMAN⁸⁷. Conforme a esta posición, a la luz de las diferencias existentes entre los diversos regímenes nacionales sobre arbitraje internacional, en vez de un doble sistema de contralor –primero por los jueces de la sede, y luego por los tribunales del lugar de ejecución del laudo– debe existir un solo punto de control, determinado por el lugar de reconocimiento o ejecución. De este modo se superarían las barreras que impiden la internacionalización del arbitraje en virtud de normas locales alejadas de las convenciones internacionales⁸⁸. De acuerdo con esta postura doctrinaria, de notable gravitación en Francia y sistematizada por BERTHOLD GOLDMAN y PIERRE LALIVE, la sede del arbitraje es elegida por mera conveniencia, y la autoridad de los árbitros no deriva del Estado en el cual dicha sede se encuentra⁸⁹. En consecuencia, no existe

⁸³ CARPI, Federico. "L'arbitrato rituale fra autonomia e aiuto giudiziario". En: *Rev. Contratto e Impresa* 3, 1990, pp. 904 y ss., citado por ANAYA, Jaime L. *Op. cit.*; p. 527.

⁸⁴ CRAIG, Laurence, PARK, William & PAULSSON, Jan. *International Chamber...* p. 501.

⁸⁵ PAULSSON, Jan. "Arbitration Unbound: Award detached from the Law of its Country of Origin". En: *30 Int. & Comp. L.Q.* 358 (1981) y "Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why it matters". En: *32 Int. & Comp. L.Q.* 53, 1983.

⁸⁶ FOUCHARD, Philippe. *L'arbitrage Commercial International*. París: Dalloz, 1965, pp. 22 a 27.

⁸⁷ GOLDMAN, Berthold. "The Complementary Roles of Judges and Arbitrators in Ensuring that International Commercial Arbitration is Effective". En: *60 Years of ICC Arbitration (a Look at the Future)*. ICC Publication No. 412, 1984, pp. 257 a 282.

⁸⁸ Esta posición ha sido también criticada, ya que en el caso de que el laudo arbitral resultare favorable a la parte demandada, la actora no tendrá fuero alguno donde cuestionar la validez del laudo.

⁸⁹ En contra, sosteniendo la postura tradicional (y todavía preponderante en Inglaterra) según la cual todo arbitraje (el acuerdo arbitral, el procedimiento e incluido el laudo), debería estar sujeto a la ley del lugar de la sede, debido a que el laudo sólo tiene fuerza obligatoria si está vinculado a un determinado sistema de derecho nacional (la *lex fori* o *lex arbitri*), ver MANN F.A., *Lex Facit Arbitrum, International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*. The Hague: Martinus Nijhoff, 1967, ps. 157, 159; PARK, William. "The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration", *52 Int. & Comp. L.Q.* 21, 1983. En una posición moderadora se ubica el profesor ARTHUR VON MEHREN, afirmando que los arbitrajes están sujetos a la ley

obligación alguna de aplicar las normas de procedimiento internas vigentes en el país sede⁹⁰.

Lo expresado precedentemente adquiere relevancia al considerar la posible impugnación del laudo y sus efectos en el país de ejecución. De allí que si la obligatoriedad del laudo deriva del sistema jurídico de la sede, un laudo

declarado nulo no podría ser ejecutable en el país en el cual se interpone el *exequátur*. Mientras que en caso contrario, no existirían inconvenientes en que el juez del *exequátur* conceda el reconocimiento o la ejecución, aun cuando el laudo haya sido declarado nulo en el país de origen, ya que la ley de éste no prevalece sobre la del país de ejecución⁹¹.

nacional solamente en la extensión en que las autoridades públicas intervengan con relación al procedimiento o a la ejecución del laudo arbitral ("To What Extent is Commercial Arbitration Autonomous". En: *Études Offertes a B. Goldman*, 1982, p.67).

⁹⁰ GAILLARD, Emmanuel. "The Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin". En: *ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, Vol. 14, N° 1, Spring 1999.

⁹¹ GAILLARD, Emmanuel. *Op. cit.*; p. 19. En cuanto a la posibilidad de ejecutar laudos declarados nulos en el país sede, ver "*Chromalloy Aeroservices Inc. (US) v. Arab Republic of Egypt (Egypt)*", *United States District Court, District of Columbia*, 31 de julio de 1996, I.c.c.a. Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXII, 1997, ps. 1001-1012, ó 939 F. Supp. 907; y "*Chromalloy Aeroservices Inc. (US) v. Arab Republic of Egypt (Egypt)*", *Cour d'appel de Paris*, 14 de enero de 1997, I.c.c.a. Yearbook Commercial Arbitration, Vol. XXII, 1997, ps. 691-695. Ver RIVKIN, David. "The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience", *Congreso I.c.c.a. París*, 1998. Este caso involucró la ejecución en los Estados Unidos y en Francia de un laudo arbitral emitido en Egipto, no obstante haber sido anulado por la Cámara de Apelaciones de El Cairo. La controversia que originó el arbitraje se basó en la resolución de un contrato en virtud del cual Chromalloy Aeroservices Inc., una empresa norteamericana, debía proveer determinados servicios a la fuerza aérea egipcia. El tribunal arbitral sostuvo por mayoría que el contrato había sido rescindido infundadamente. En consecuencia, el laudo, que involucraba una suma de US\$16.2 millones más intereses, fue pronunciado en contra de la República Árabe de Egipto y a favor de la empresa Chromalloy, en 1994. Poco tiempo después, la compañía americana solicitó la confirmación del laudo ante la Corte Federal de Distrito en Washington D.C., mientras que, por otro lado, el Estado Egipcio interpuso una acción de nulidad ante la Cámara de Apelaciones de El Cairo. Dicho tribunal egipcio analizó el pedido de nulidad del laudo arbitral a la luz de las causales previstas en la Ley de Arbitraje Egipcia de 1994 que, en este puntual aspecto, se aparta de lo indicado en la Ley Modelo y prevé dos específicas causales locales de nulidad de laudos arbitrales. Una de ellas es el error por parte del tribunal arbitral en la aplicación del derecho elegido por las partes para resolver la controversia – Ley de Arbitraje de Egipto, artículo 53(1) (d). La segunda causal específica local es establecida mediante una elaboración circular y netamente confusa, al disponer, como causal de nulidad del laudo, el hecho de que el laudo mismo o los procedimientos de arbitraje que afecten al laudo contengan violaciones legales que causen la nulidad. Las traducciones al inglés y francés no esclarecen este punto. En efecto, la Cámara de Apelaciones egipcia consideró que el contrato en cuestión encuadraba dentro de la categoría de contratos administrativos, por lo cual – dado que las partes contractualmente establecieron la aplicación del derecho egipcio – entendió que se debió recurrir al derecho administrativo egipcio y no a su Código Civil – que es el que había tomado en cuenta el tribunal arbitral, aunque cabe notar que ninguna de las partes alegó que de ese modo se habría alcanzado un resultado diferente. En consecuencia, el tribunal egipcio consideró que había existido un error en la aplicación del derecho elegido por las partes y sobre la base de dicha causal local, en diciembre de 1995, declaró la nulidad del laudo. Ante esta situación, la Corte Federal del Distrito de Columbia en Washington se encontraba frente a la siguiente disyuntiva: ordenar

5. CONCLUSIONES

A lo largo de esta exposición hemos considerado, en forma introductoria, la importancia y los elementos de la cláusula arbitral, focalizando nuestro análisis en la sede del arbitraje y los criterios utilizados para su elección. Luego examinamos en especial los efectos jurídicos de tal selección, considerando específicamente el control judicial del laudo arbitral, así como sus formas y límites.

En base a todo ello, es necesario resaltar, en primer término, la importancia del acuerdo arbitral –pilar esencial del arbitraje internacional– que brinda una respuesta adecuada a las múltiples necesidades que plantean las transacciones comerciales en esta nueva centuria, a lo cual se agregan los beneficios que otorga la vasta aplicación de la Convención de Nueva York en la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros (en más de 140 países).

En segundo lugar, la elección de la sede arbitral adquiere una relevancia especial, ya que sus efectos se extienden al procedimiento y al laudo mismo, proyectándose inclusive –con inusitada fuerza– sobre la validez y posible ejecución de la sentencia de arbitraje.

En efecto, la elección de la sede determina el grado de control judicial a ejercer sobre el arbitraje, a cuyos efectos cobrará importancia el marco normativo existente en el país sede, en el cual se determina en qué medida ha sido

receptada la actual tendencia en favor de una limitada intervención en el arbitraje, ya sea a través del denominado principio de autonomía del proceso arbitral, de la validez de las renunciaciones acordadas entre las partes o inclusive del desplazamiento del control judicial a los jueces del *exequátur*.

En conclusión, más allá de las concretas normas que rijan la nulidad del laudo en la sede, es indudable que la justicia –tanto del país sede como de aquél en donde se solicite el *exequátur*– deberá desplegar un rol realmente decisivo para que el contralor judicial tenga como principal objetivo el respeto tanto del acuerdo de arbitraje, en cuanto manifestación de la voluntad de las partes, como de la decisión del tribunal arbitral, como prolongación lógica y prevista de dicho acuerdo, lo cual constituirá una clara manifestación de la previsibilidad que todos anhelamos.

Dentro de este marco, resulta oportuno recordar las palabras que ya en 1855, en el caso *Burchell*, expresó la Corte Suprema de los Estados Unidos:

“[El arbitraje], como un modo de resolución de disputas, debería recibir todo el estímulo de los jueces”⁹².

Ésta, indudablemente, sería la mejor forma de alcanzar la seguridad jurídica que tanto necesitamos.

la ejecución del laudo, desestimando la nulidad ya dictada, o rechazar el *exequátur* en virtud de la anulación resuelta previamente por la corte egipcia. En julio de 1996 se pronunció en favor de la ejecución.

⁹² *Burchell v. Marsh*, 58 U.S. 344.

EL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN Y LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

IGNACIO PÉREZ CORTÉS (*)
MARÍA ALEJANDRA ETCHEGORRY (**)

SUMARIO: 1. *El consentimiento al arbitraje internacional de inversión.* 2. *La CNMF.* 3. *La posibilidad de aplicar la CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias.* 3.1. *¿Existe un principio general?* 3.2. *La interpretación de la CNMF.* 3.2.1. *El texto y el contexto.* 3.2.2. *La intención de las partes.* 3.3. *¿La CNMF como base del consentimiento al arbitraje?* 4. *Conclusión*

En los últimos diez años ha crecido sustancialmente la cantidad de arbitrajes internacionales de inversión y se han dictado decisiones y laudos arbitrales que no siempre han sido consistentes entre sí.

El objeto de este trabajo es examinar una cuestión controvertida que ha dado lugar a decisiones disímiles, referida a la posibilidad de invocar la cláusula de la nación más favorecida (en adelante, CNMF) para eludir limitaciones establecidas en las ofertas de arbitraje de inversión que realizan los Estados por medio de tratados.

1. EL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN

Al igual que en otras formas de arbitraje, el consentimiento de las partes en la controversia es una condición esencial para la jurisdicción del tribunal en el arbitraje internacional de inversión¹.

En este sentido, tanto el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, como las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

(*) Profesor de Análisis Económico del Derecho en la Universidad Católica Argentina.

(**) Profesora de Derecho Internacional en la Universidad de Buenos Aires.

¹ SCHREUER, Christoph. "Consent to Arbitration". En: MUCHLINSKI, Peter, ORTINO, Federico y SCHREUER, Christoph, *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, p. 831.

(CNUDMI), exigen que las partes en la controversia hayan manifestado su consentimiento al arbitraje como condición esencial para la jurisdicción de un tribunal arbitral constituido de conformidad con tales reglas².

El Estado receptor de la inversión y el inversor extranjero deben haber expresado su consentimiento al arbitraje, lo cual puede hacerse de diferentes maneras³. En primer lugar, el consentimiento al arbitraje de inversión puede manifestarse a través de un acuerdo entre las partes en la controversia. Esto pueda darse por medio de una cláusula arbitral en un acuerdo de inversión entre el Estado receptor de la inversión y un inversor extranjero respecto de controversias futuras que puedan surgir entre ellos en relación con el acuerdo, o por medio de un compromiso arbitral entre las partes respecto de una controversia en materia de inversión que ya haya surgido.

En segundo lugar, el consentimiento puede darse por medio de una oferta de arbitraje en la legislación interna del

Estado receptor de la inversión y la aceptación por escrito de un inversor extranjero.

Por último, puede ocurrir que el Estado receptor de la inversión haya hecho una oferta de arbitraje en un tratado y que el inversor de nacionalidad de otro Estado que sea parte en ese mismo tratado la acepte por escrito. Habitualmente esta oferta de arbitraje se realiza en un tratado bilateral de inversión (en adelante, TBI), pero también puede realizarse en un tratado multilateral, como es el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte⁴ y del Tratado sobre la Carta de la Energía⁵.

Durante los últimos años ha crecido sustancialmente el número de arbitrajes fundados en TBIs, los cuales se han convertido en la base del consentimiento más frecuentemente invocada en los arbitrajes de inversión⁶.

Un TBI es un acuerdo entre dos Estados que rige el trato a las inversiones hechas en el territorio de cada uno de ellos por individuos y sociedades del otro

² Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, 18 de marzo de 1965, artículo 25°. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, 18 de marzo de 1965, párrs. 23-25. Reglamento de Arbitraje del Mecanismo Complementario del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, 10 de abril de 2006, artículo 1°. Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, 15 de diciembre de 1976, artículo 1°.

³ SCHREUER. *Op. cit.*; en nota 1, p. 831. Informe de los Directores Ejecutivos. *Op. cit.*; en nota 2, párr. 24.

⁴ Tratado de Libre Comercio de América del Norte, 17 de diciembre de 1992, artículo 1120°.

⁵ Tratado sobre la Carta de la Energía, 17 de diciembre de 1994, artículo 26°.

⁶ Según estadísticas publicadas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), el 62% de los casos bajo su jurisdicción se originaron en TBIs, el 22% en acuerdos de inversión entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión, el 11% en tratados multilaterales y el 5% en leyes de inversión del Estado receptor de la inversión. CIADI, *Carga de Casos del CIADI – Estadísticas*, 2010, p. 10, disponible en: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistics>.

Estado⁷. En los TBIs se incluyen cláusulas sobre solución de controversias entre un Estado parte y un inversor del otro Estado parte que, habitualmente, ofrecen al inversor la posibilidad de someter a arbitraje internacional su controversia con el Estado receptor de la inversión. La aceptación por parte del inversor de esta “oferta” de arbitraje en un TBI perfecciona el consentimiento al arbitraje.

En la cláusula sobre solución de controversias de un TBI se pueden establecer limitaciones a la posibilidad del inversor de recurrir al arbitraje internacional. Por ejemplo, se puede exigir que el inversor someta previamente la cuestión a los tribunales locales del Estado receptor de la inversión durante un determinado tiempo o que sólo se puedan someter a arbitraje determinado tipo de controversias.

En general, cada Estado celebra varios TBIs con disposiciones diferentes. Es posible entonces que un Estado celebre un TBI con ciertas limitaciones a la posibilidad de recurrir al arbitraje, pero que esas limitaciones no existan o sean diferentes en otro TBI celebrado por ese mismo Estado.

En varios arbitrajes de inversión, los inversores han intentado eludir las limitaciones al arbitraje contenidas en determinados TBIs invocando la CNMF para valerse de cláusulas de solución de controversias de otros TBIs celebrados por el Estado receptor de la inversión correspondiente. Los tribunales han dado diferentes respuestas a esta cuestión, no siempre compatibles entre sí.⁸ Esto es lo que se examina en el presente trabajo.

2. LA CNMF

La CNMF es una cláusula de un tratado por medio de la cual, un Estado parte asume la obligación de otorgar a otro Estado parte, o a personas o cosas en una determinada relación con este último, un trato no menos favorable que el otorgado a un tercer Estado o a personas o cosas en la misma relación con ese tercer Estado⁹.

Bajo la CNMF el Estado beneficiario adquiere, para sí o en beneficio de personas o cosas en una determinada relación con él, sólo los derechos que encuadran dentro de los límites de la materia de esa cláusula¹⁰. Esto se conoce

⁷ WONG, Jarrod. “The Application of Most-Favored-Nation Clauses to Dispute Resolution Provisions in Bilateral Investment Treaties”. En: *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy*. Taipei: National Taiwan University, College of Law, 2008. Vol. 3, N° 1, p. 172.

⁸ Se adjunta como anexo un cuadro de decisiones arbitrales internacionales de inversión relativas a la posibilidad de aplicar la CNMF a cuestiones sobre solución de controversias.

⁹ COMISIÓN DE DERECHO INTERNACIONAL (CDI). “Proyecto de Artículos sobre Cláusula de la Nación Más Favorecida”, artículos 4° y 5°. En: *Yearbook of the International Law Commission*, 1978, vol. II, parte 2. Nueva York: Naciones Unidas, 1979, pp. 18 y 21. Ver también DOUGLAS, Zachary. *The International Law of Investment Claims*. Nueva York: Cambridge University Press, 2009, p. 344. FAYA RODRÍGUEZ, Alejandro. “The Most-Favored-Nation Clause in International Investment Agreements”. En: *Journal of International Arbitration*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008. Vol. 25, N° 1, p. 90.

¹⁰ CDI. *Op. cit.*; en nota 9, artículo 9°, p. 27.

como el principio de *ejusdem generis*, en virtud del cual, la CNMF sólo puede atraer asuntos que pertenecen a la misma categoría o materia a la que se refiere la cláusula¹¹.

La mayoría de los tratados de inversión contiene una CNMF¹². Esta cláusula generalmente exige que el tratado a un inversor de nacionalidad de un Estado parte en ese tratado, o a su inversión, sea no menos favorable que el otorgado a un inversor de un tercer Estado, o a su inversión, en relación con una determinada materia¹³.

3. LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA CNMF A CUESTIONES RELATIVAS A LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Como ya se ha señalado, en muchos casos los inversores han invocado las

CNMFs de tratados de inversión para atraer cláusulas de solución de controversias más favorables de otros tratados de inversión. Esta utilización de la CNMF ha sido objeto de un amplio debate, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia arbitral internacional sobre inversiones.

El primer arbitraje de inversión en el que se planteó esta cuestión fue el caso *Maffezini*, en el que el tribunal permitió a un inversor aplicar la CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias¹⁴. Luego de ese caso, se dictaron otras decisiones arbitrales en las que se examinó esta cuestión y se llegó a conclusiones disímiles¹⁵.

3.1. ¿Existe un principio general?

La primera pregunta que cabe formular es si existe un principio general acerca de la posibilidad de aplicar la

¹¹ *Ambatielos* (Grecia c. Reino Unido), Laudo del 6 de marzo de 1956, U.N.R.I.A.A., 1963, vol. XII, p. 107. Ver también FAYA RODRÍGUEZ. *Op. cit.*; en nota 9, p. 90. HOUDE, Marie-France, PAGANI, Fabrizio, *Most-Favoured-Nation Treatment in International Investment Law*. París: OECD Directorate for Financial and Enterprise Affairs, Working Papers on International Investment, n° 2004/2, 2004, p. 9. WONG. *Op. cit.*; en nota 7, p. 177.

¹² FAYA RODRÍGUEZ. *Op. cit.*; en nota 9, p. 89. HOUDE *et al.* *Op. cit.*; en nota 11, p. 2. SCHREUER. *Op. cit.*; en nota 1, p. 851. WONG. *Op. cit.*; en nota 7, p. 175.

¹³ HOUDE *et al.* *Op. cit.*; en nota 11, p. 2. Ver también FAYA RODRÍGUEZ. *Op. cit.*; en nota 9, pp. 90-91.

¹⁴ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Caso CIADI N° ARB/97/7, Decisión sobre Jurisdicción del 25 de enero de 2000 (en adelante, *Maffezini*). Ver también WONG. *Op. cit.*; en nota 7, p. 184. Antes de ser abordada por los tribunales arbitrales internacionales de inversión, la posibilidad de aplicar la CNMF a cuestiones jurisdiccionales fue tratada por otros tribunales internacionales. Ver, e.g., *Anglo-Iranian Oil Company case* (Reino Unido c. Irán), jurisdicción, sentencia del 22 de julio de 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 93. *Case concerning rights of nationals of the United States of America in Morocco* (Francia c. EE. UU.), sentencia del 27 de agosto de 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 176. *Ambatielos case* (Grecia c. Reino Unido), fondo: obligación de arbitrar, sentencia del 19 de mayo de 1953, I.C.J. Reports 1953, p. 10. *Ambatielos* (Grecia c. Reino Unido), Laudo del 6 de marzo de 1956, U.N.R.I.A.A., 1963, vol. XII, p. 83. Ver también WONG. *Op. cit.*; en nota 7, pp. 177-180.

¹⁵ Ver, e.g., *Austrian Airlines c. República Eslovaca*, Arbitraje CNUDMI, Laudo del 9 de octubre de 2009 (en adelante *Austrian Airlines*). *Tza Yap Shum c. República del Perú*, Caso CIADI N° ARB/07/6, Decisión sobre Jurisdicción del 19 de junio de 2009 (en adelante, *Tza*). *Renta 4 S.V.S.A y otros c. Federación Rusa*, Caso SCC N° Arb. V 24/2007, Laudo sobre Jurisdicción

CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias.

Muchos tribunales han considerado que existe un principio general, pero han diferido acerca del contenido de ese principio. Mientras que algunos han sostenido que el principio general es que la CNMF no es aplicable a cuestiones sobre solución de controversias, otros han manifestado que el principio general es el opuesto¹⁶.

Así, algunos tribunales han entendido que, como regla general, la CNMF sólo es aplicable a los derechos sustanciales del inversor, no a cuestiones

relativas a la solución de controversias, salvo que el TBI de que se trate disponga lo contrario o que se demuestre que la intención de las partes en el tratado era que la CNMF se aplicase a ese tipo de cuestiones¹⁷.

En cambio, otros tribunales han manifestado que, como regla general, la CNMF es aplicable a cuestiones sobre solución de controversias, a menos que el TBI de que se trate disponga expresamente lo contrario o que se demuestre que la intención de las partes era que la CNMF no fuese aplicable a ese tipo de cuestiones¹⁸.

del 20 de marzo de 2009 (en adelante, *Renta 4*). *Wintershall Aktiengesellschaft c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/04/14, Laudo del 8 de diciembre de 2008 (en adelante, *Wintershall*). *RosInvestCo UK Ltd. c. Federación Rusa*, Caso SCC N° Arb. V 079/2005, Laudo sobre Jurisdicción de octubre de 2007 (en adelante, *RosInvest*). *Telenor Mobile Communications AS c. República de Hungría*, Caso CIADI N° ARB/04/15, Laudo del 13 de septiembre de 2006 (en adelante, *Telenor*). *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/19, *AWG Group Ltd. C. República Argentina*, Arbitraje CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2006 (en adelante, *Suez/SGAB/Vivendi/AWG*). *National Grid Plc. c. República Argentina*, Arbitraje CNUDMI, Laudo del 20 de junio de 2006 (en adelante, *National Grid*). *Telefónica S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/20, Decisión sobre Jurisdicción del 25 de mayo de 2006. *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/17, Decisión sobre Jurisdicción del 16 de mayo de 2006 (en adelante, *Suez/SGAB/InterAguas*). *Vladimir Berschader y Moïse Berschader c. Federación Rusa*, Caso SCC N° Arb. V 080/2004, Laudo del 21 de abril de 2006 (en adelante, *Berschader*). *Gas Natural SDG, S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI N° ARB/03/10, Decisión sobre Jurisdicción del 17 de junio de 2005 (en adelante, *Gas Natural*). *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI N° ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción del 8 de febrero de 2005 (en adelante, *Plama*). *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. c. Reino Hachemita de Jordania*, Caso CIADI N° ARB/02/13, Decisión sobre Jurisdicción del 29 de noviembre de 2004 (en adelante, *Salini*). *Siemens AG c. República Argentina*, Caso CIAID N° ARB/02/8, Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto de 2004 (en adelante, *Siemens*). *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI N° ARB(AF)/00/2, Laudo del 29 de mayo de 2003 (en adelante, *Tecmed*).

¹⁶ WONG. *Op. cit.*; en nota 7, p. 173. FAYA RODRÍGUEZ. *Op. cit.*; en nota 9, p. 95.

¹⁷ *Wintershall*, párrs. 167-168, 187. *Telenor*, párrs. 91-92. *Berschader*, párrs. 181, 206. *Plama*, párrs. 204, 223. *Salini*, párrs. 118-119. Ver también DOUGLAS. *Op. cit.*; en nota 9, pp. 360-362. McLACHLAN, Campbell, SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Nueva York: Oxford University Press, 2007, p. 257. WONG. *Op. cit.*; en nota 7, p. 191.

¹⁸ Ver, e.g., *Gas Natural*, párr. 49. *Austrian Airlines*, párrs. 124-125.

La adopción de uno u otro principio por un tribunal impacta en la carga de la prueba¹⁹. Si un tribunal adopta el primero de esos principios, el inversor debe demostrar que el TBI invocado permite expresamente aplicar la CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias o que fue intención de las partes que la CNMF se aplicase a ese tipo de cuestiones²⁰. En cambio, si un tribunal adopta el segundo de tales principios, es el Estado demandado quien debe demostrar que se está frente a una excepción.

Sin embargo, no todos los tribunales han adoptado un principio general sobre este tema. Varios han sostenido que no se debe asumir una posición apriorística, sino que se debe analizar en cada caso la CNMF sometida a su consideración²¹. En este sentido, el tribunal de *Tza c. Perú* manifestó que:

“El Tribunal considera que no cabe una solución apriorística, es decir, no es posible decidir en general que las cláusulas de NMF son eficaces en una clase de situaciones, mientras que no lo son en otro caso. Cada cláusula de la NMF es un mundo, que exige una interpretación individualizada, para determinar cuál es su ámbito de aplicación”²².

Tanto los tribunales que asumieron una posición apriorística como los

que se manifestaron en contra de ello consideraron esencial interpretar cada CNMF en particular: los primeros para verificar si se daba en el caso un supuesto de excepción al principio general por ellos establecido y los segundos precisamente porque se negaron a establecer de antemano una regla general. Por lo tanto, en cualquier caso es necesario considerar específicamente la CNMF aplicable.

3.2. La interpretación de la CNMF

Una CNMF, al igual que cualquier otra cláusula de un tratado, debe interpretarse de conformidad con las reglas de interpretación de tratados del derecho internacional general, contenidas en los artículos 31º y 32º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, Convención de Viena)²³.

La regla general de interpretación de los tratados está establecida en el artículo 31º de la Convención de Viena, conforme al cual, el punto de partida en la interpretación de un tratado es determinar el *sentido corriente* de sus términos²⁴. Este proceso debe realizarse de *buena fe* y teniendo en cuenta el *contexto* de los términos y el *objeto y fin* del tratado²⁵. Para apartarse del sentido corriente es necesario demostrar que la intención

¹⁹ *Wintershall*, párr. 184.

²⁰ *Wong. Op. cit.*; en nota 7, p. 192.

²¹ *Tza*, párr. 198. *RosInvest*, párrs. 129, 137.

²² *Tza*, párr. 198.

²³ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, 23 de mayo de 1969, 1155 U.N.T.S. 331, artículos 31º y 32º (en adelante, Convención de Viena). Ver también *Austrian Airlines*, párr. 121. *Berschader*, párr. 208. *Telenor*, párr. 92. DOLZER, Rudolf y SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, p. 188. FAYA RODRÍGUEZ. *Op. cit.*; en nota 9, p. 98.

²⁴ Convención de Viena, artículo 31.1. Ver también DOLZER *et al. Op. cit.*; en nota 23, p. 188.

²⁵ En el artículo 31º de la Convención de Viena se establece lo siguiente: “Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin”.

de las partes en el tratado fue darle un *sentido especial* a un término²⁶.

En el artículo 32º de la Convención de Viena se establecen los *medios de interpretación complementarios*, en particular los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración. Los medios complementarios sirven: (a) para confirmar el sentido resultante de la aplicación de la regla general de interpretación del artículo 31º de la Convención de Viena o, (b) para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con esa regla deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable²⁷.

3.2.1. El texto y el contexto

El punto de partida en la interpretación de una cláusula de un tratado es el lenguaje empleado en esa cláusula en el contexto de sus términos²⁸.

El lenguaje empleado en las CNMFs de los tratados de inversión no es uniforme²⁹. Por ese motivo, es importante

examinar la redacción de cada CNMF en particular³⁰.

Sin pretender agotar todas las formas posibles de redacción de las CNMFs en los tratados de inversión, a continuación se examinan cuatro de sus formas más comunes. Los tres primeros han sido interpretados de manera diferente por distintos tribunales arbitrales.

En primer lugar, algunas CNMFs se refieren a todas las materias regidas por el tratado base³¹. En este sentido, al determinar que la CNMF del TBI entre Argentina y España se aplicaba a cuestiones relativas a la solución de controversias, el tribunal del caso *Maffezini* destacó el lenguaje amplio de esa CNMF. Ese tribunal observó que el TBI entre Argentina y España era el único de los TBIs de España que se refería a “todas las materias regidas por” ese tratado en su CNMF, mientras que los demás tratados omitían esta referencia y solamente disponían que el tratamiento al inversor estaría sujeto a la CNMF, lo cual constituía una formulación más restrictiva³².

²⁶ En el artículo 31.4 de La Convención de Viena se dispone que “(s)e dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

²⁷ Convención de Viena, artículo 32.

²⁸ DOLZER *et al.* *Op. cit.*; en nota 23, p. 188.

²⁹ WINTERSHALL, párr. 178. SALINI, párr. 116. DOLZER *et al.* *Op. cit.*; en nota 23, p. 187. HOUDE *et al.* *Op. cit.*; en nota 11, p. 3.

³⁰ Sin embargo, el lenguaje de una CNMF no es siempre decisivo. Ver WINTERSHALL párr. 186. BERSCHADER, párr. 184. PLAMA, párr. 205 (citando *Siemens*, párrs. 91-92).

³¹ El tratado base es el que contiene la CNMF que se invoca. *Anglo-Iranian Oil Company case (Reino Unido c. Irán)*, jurisdicción, sentencia del 22 de julio de 1952, I.C.J. Reports 1952, p. 109.

³² *Maffezini*, párr. 60. Ver también *Suez/SGAB/Vivendi/AWG*, párr. 65. *Gas Natural*, párrs. 29-30. ACCONCI, Pia. “Most-Favoured-Nation Treatment”. En: MUCHLINSKI, Peter, ORTINO, Federico y SCHREUER, Christoph. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Nueva York: Oxford University Press, 2008, pp. 389-390, 393, 395. WONG. *Op. cit.*; en nota 7, p. 182. HOUDE *et al.* *Op. cit.*; en nota 11, p. 13.

El tribunal de *Salini* distinguió la CNMF aplicable en ese caso de la examinada en el caso *Maffezini*, señalando que la primera, a diferencia de la segunda, no se refería a todas las materias regidas por el tratado base, sino que tenía un alcance más limitado³³. Ése fue uno de los motivos por los cuales el tribunal de *Salini* resolvió que la CNMF en cuestión no era aplicable a cuestiones relativas a la solución de controversias.

El hecho de que una CNMF de un tratado de inversión se refiera a todas las materias regidas por el tratado base no implica necesariamente que sea posible aplicar esa cláusula a cuestiones relativas a la solución de controversias³⁴. Por ejemplo, en el caso *Berschader* el tribunal examinó una CNMF que se refería a todas las materias regidas por el tratado base y concluyó que esa CNMF no establecía de manera clara y no ambigua que era posible aplicarla a cuestiones relativas a la solución de controversias³⁵.

En segundo lugar, existen tratados de inversión cuyas CNMFs no hacen referencia a todas las materias regidas por el tratado base, sino únicamente al tratamiento otorgado a los inversores y/o a sus inversiones. La posibilidad de aplicar este tipo de CNMFs a cuestiones relativas a la solución de controversias exige determinar, aplicando el principio

de *ejusdem generis*, si la solución de controversias pertenece a la misma categoría o materia que el tratamiento a los inversores y/o a sus inversiones.

En algunos casos se ha aceptado la aplicación de esta clase de CNMFs a cuestiones relativas a la solución de controversias con fundamento en que esta posibilidad de recurrir a arbitraje forma parte de la protección otorgada a los inversores y del trato a las inversiones extranjeras y a los inversores³⁶.

En cambio, en el caso *Plama* el tribunal sostuvo que no era claro si el sentido corriente del término “tratamiento” en la CNMF del TBI en cuestión incluía o excluía las disposiciones sobre solución de controversias contenidas en otros TBIs celebrados por el Estado receptor de la inversión³⁷. Agregó que la inclusión o la exclusión de tales disposiciones podía o no llegar a satisfacer el principio de *ejusdem generis*³⁸. El tribunal concluyó que el lenguaje de la CNMF aplicable no servía de guía para resolver la cuestión. Por ello, examinó las circunstancias de celebración del tratado y la posterior negociación de una revisión, de las cuales infirió que las partes no habían tenido la intención de que la CNMF se extendiese a cláusulas sobre solución de controversias de otros TBIs³⁹.

³³ *Salini*, párrs. 117-118. Ver también ACCONCI. *Op. cit.*; en nota 32, pp. 394, 397. WONG. *Op. cit.*; en nota 7, p. 189.

³⁴ *Wintershall*, párr. 186. *Berschader*, párrs. 160, 184 y 208.

³⁵ *Berschader*, párrs. 160, 184 y 208.

³⁶ *Siemens*, párrs. 102-103. *RosInvest*, párrs. 130. Ver también ACCONCI. *Op. cit.*; en nota 32, p. 392. WONG. *Op. cit.*; en nota 7, p. 185.

³⁷ *Plama*, párr. 189.

³⁸ *Id.*

³⁹ *Ibíd.* párrs. 195-197.

En sentido concordante, en el caso *Austrian Airlines* el tribunal manifestó que el lenguaje empleado en la CNMF del tratado en cuestión no confirmaba ni excluía la posibilidad de aplicar esa cláusula a cuestiones relativas a la solución de controversias, pues se utilizaba el término “tratamiento” sin distinguir entre cuestiones sustanciales y cuestiones procedimentales⁴⁰. Por lo tanto, el tribunal recurrió al contexto de la CNMF y a los demás elementos relevantes para su interpretación⁴¹.

En tercer lugar, algunas CNMFs de tratados de inversión no se refieren al tratamiento a los inversores y/o a sus inversiones en general, sino a una forma de tratamiento en particular.

Por ejemplo, en la CNMF del TBI entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (U.R.S.S.) se establece que “(e)l tratamiento mencionado en el punto anterior (tratamiento justo y equitativo) no será menos favorable que el otorgado por cada Parte a las inversiones realizadas en su territorio por inversores de un tercer Estado”⁴². Esa cláusula fue interpretada por el tribunal arbitral del caso *Renta 4*. La mayoría del tribunal entendió que si bien, en principio, el trato

más favorable puede incluir la posibilidad de acceder al arbitraje internacional, la CNMF del TBI entre España y la U.R.S.S. se refería únicamente a cuestiones de trato justo y equitativo, razón por la cual no era posible aplicarla a cuestiones relativas a la solución de controversias⁴³. En su opinión separada, Charles Brower se manifestó en contra de esta decisión, argumentando que el consentimiento al arbitraje internacional era un aspecto del trato justo y equitativo⁴⁴.

El tribunal del caso *Tza* adoptó, como *obiter dicta*, un criterio similar al de Brower. En ese caso el inversor invocó una CNMF referida exclusivamente a los estándares de trato justo y equitativo y de protección para ampliar las categorías de controversias que podían ser sometidas a arbitraje internacional⁴⁵. A pesar del lenguaje empleado en esa CNMF, el tribunal de *Tza* afirmó que las palabras de tal cláusula parecían estar abiertas a una interpretación amplia, lo que podía incluir el dar acceso a protecciones procesales más favorables, que potencialmente podían incluir al arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) para supuestas violaciones del estándar de trato justo y equitativo⁴⁶. Sin embargo,

⁴⁰ *Austrian Airlines*, párr. 126. En cambio, en su opinión separada Charles Brower expresó que el término “tratamiento” no era ambiguo y que comprendía cuestiones tanto sustanciales como procedimentales, incluyendo el acceso a un consentimiento a arbitraje más amplio por parte del Estado receptor de la inversión. *Ibid.* opinión separada de Charles Brower, párrs. 2, 4-5.

⁴¹ *Ibid.* párr. 127.

⁴² Convenio de Fomento y Protección Recíproca de Inversiones entre España y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, 26 de octubre de 1990, artículo 5.2º.

⁴³ *Renta 4*, párr. 119.

⁴⁴ *Ibid.* opinión separada de Charles Brower.

⁴⁵ El tratado base –el TBI entre Perú y China– sólo permitía someter a arbitraje las controversias relativas a las indemnizaciones por expropiación.

⁴⁶ *Tza*, párr. 213.

el tribunal consideró que el lenguaje específico de la cláusula de solución de controversias del tratado debía prevalecer sobre el lenguaje general de la CNMF⁴⁷.

Por último, existen CNMFs de tratados de inversión que no dejan lugar a dudas acerca de la posibilidad o no de aplicarlas a cuestiones relativas a la solución de controversias⁴⁸. Así, en algunos tratados se aclara expresamente que la CNMF se extiende a cuestiones relativas a la solución de controversias. Este es el caso, por ejemplo, de las CNMFs de algunos TBIs celebrados por el Reino Unido⁴⁹. En otros casos se establece claramente que la CNMF no se aplica a cuestiones sobre solución de controversias. Por ejemplo, por medio del acuerdo interpretativo celebrado por Argentina y Panamá con posterioridad al TBI entre ellas se aclaró que la CNMF de ese tratado no era aplicable a cuestiones sobre solución de controversias y que esa siempre había sido la intención de las partes⁵⁰. Asimismo, en el tratado de libre comercio entre Estados Unidos y Perú se aclaró que el tratamiento al que

hace referencia la CNMF de ese tratado no incluye mecanismos de solución de controversias⁵¹.

En la interpretación de las CNMFs, los tribunales no sólo han tenido en cuenta el *texto* de esas cláusulas, sino que también han examinado el *contexto* de los términos empleados en ellas. Por ejemplo, algunos tribunales han considerado las excepciones a las CNMFs como elementos contextuales relevantes a los fines interpretativos. En este sentido, el hecho de que ciertas materias estuviesen expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la CNMF y que entre esas materias no se encontrasen las cuestiones sobre solución de controversias, fue considerado en algunos casos como un indicador de que la CNMF era aplicable a este último tipo de cuestiones⁵². Sin embargo, en el caso *Plama* el tribunal señaló que las excepciones a la CNMF se referían a “privilegios”, lo cual indicaba que la CNMF debía entenderse como referida únicamente a protecciones sustanciales, excluyendo las disposiciones sobre solución de controversias⁵³.

⁴⁷ *Ibid.*, párr. 216.

⁴⁸ FAYA RODRÍGUEZ. *Op. cit.*; en nota 9, p. 97.

⁴⁹ Ver *Suez/SGAB/Vivendi/AWG*, párr. 58. *National Grid*, párr. 85. *Berschader*, párr. 179. *Plama*, párr. 204. *Salini*, párr. 116. DOLZER *et al.* *Op. cit.*; en nota 23, p. 188. DOUGLAS. *Op. cit.*; en nota 9, p. 362. ACCONCI. *Op. cit.*; en nota 32, p. 387. WONG. *Op. cit.*; en nota 7, p. 189.

⁵⁰ Ver *National Grid*, párr. 85. DOLZER *et al.* *Op. cit.*; en nota 23, pp. 187-188.

⁵¹ Tratado de Libre Comercio entre Estados Unidos y Perú, 12 de abril de 2006, artículo 10.4°, nota al pie 2.

⁵² *Suez/SGAB/Vivendi/AWG*, párr. 65. *National Grid*, párr. 82. *Gas Natural*, párr. 30. DOLZER *et al.* *Op. cit.*; en nota 23, p. 188. Tal argumento es una aplicación del principio *expressio unius est exclusio alterius*, que puede ser relevante en el marco de una interpretación contextual de la CNMF. Ver *Austrian Airlines*, párr. 128.

⁵³ *Plama*, párr. 191. En sentido concordante, el tribunal de *Austrian Airlines* sostuvo que era posible argumentar en contra del principio *expressio unius* que las excepciones a la CNMF se referían a cuestiones sustanciales y que, por lo tanto, la CNMF sólo debía aplicarse a cuestiones sustanciales. Ver *Austrian Airlines*, párr. 129.

Además de las excepciones a las CNMFs, otros elementos han sido considerados como parte del contexto de tales cláusulas. Así, la mayoría del tribunal de *Austrian Airlines* entendió que la disposición sobre solución de controversias del TBI en cuestión formaba parte del contexto de la CNMF y que las excepciones a esta última no eran por sí solas suficientes para excluir las cuestiones procedimentales del alcance de la CNMF, ya que tales excepciones podían incluir implícitamente cuestiones procedimentales⁵⁴. El tribunal consideró que una interpretación contextual de la CNMF exigía examinar si la cláusula sobre solución de controversias del TBI en cuestión limitaba el alcance de tal cláusula⁵⁵. Como resultado de esa interpretación contextual, el tribunal concluyó que el mecanismo restrictivo de solución de controversias del TBI, que sólo permitía someter a arbitraje internacional las controversias relativas al monto y al pago de la indemnización por expropiación y las relativas a las

obligaciones sobre transferencias, constituía una excepción al alcance de la CNMF⁵⁶.

3.2.2. La intención de las partes

Los tribunales arbitrales que han examinado la posibilidad de aplicar la CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias han tenido especialmente en cuenta la intención de las partes⁵⁷. Esto es relevante para alguno de los siguientes fines:

- (a) para modificar el resultado al que se haya llegado mediante el análisis del lenguaje de la CNMF, cuando se demuestre que la intención de las partes en el tratado es contraria a ese resultado⁵⁸;
- (b) para confirmar el resultado al que se haya llegado mediante el análisis del lenguaje de la CNMF, cuando la intención de las partes en el tratado concuerde con ese resultado⁵⁹; o

⁵⁴ *Austrian Airlines*, párrs. 127, 130. En cambio, en su opinión separada Charles Brower manifestó que las excepciones a la referida CNMF comprendían aspectos tanto procedimentales como sustanciales del “tratamiento” y que la presencia de excepciones expresas a la CNMF excluía, por aplicación del principio *expressio unius est exclusio alterius*, la posibilidad de cualquier excepción implícita. *Ibid.* opinión separada de Charles Brower, párrs. 2-3, 5. Asimismo, expresó que no correspondía incluir dentro del *contexto* relevante a los fines de interpretar el alcance de la CNMF la disposición del TBI cuya aplicación se pretendía eludir por medio de la CNMF, pues ello privaba de efecto a esa cláusula. *Ibid.*, opinión separada de Charles Brower, párr. 7.

⁵⁵ *Ibid.* párr. 131.

⁵⁶ *Ibid.* párrs. 135, 138.

⁵⁷ *Telenor*, párrs. 95, 98, 100. *Berschader*, párr. 206. *Plama*, párrs. 195-197. *Salini*, párr. 118. Ver también *ACCONCI*. *Op. cit.*; en nota 32, pp. 397, 400.

⁵⁸ Se establecería así un sentido especial de los términos de la CNMF distinto al sentido corriente, de conformidad con el artículo 31.4º de la Convención de Viena.

⁵⁹ De este modo, se utilizarían medios complementarios para confirmar el sentido resultante de la aplicación de la regla general de interpretación, de conformidad con el artículo 32º de la Convención de Viena. En cambio, en su opinión separada Charles Brower manifestó que las excepciones a la referida CNMF comprendían aspectos tanto procedimentales como

(c) para determinar el sentido de la CNMF, cuando los términos de esa cláusula, el contexto y el objeto y fin del tratado dejen ambiguo u oscuro el sentido de la CNMF o conduzcan a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable⁶⁰.

La forma más común de demostrar la intención de las partes es recurrir a los trabajos preparatorios del tratado⁶¹, mencionados a modo de ejemplo como medios de interpretación complementarios en el artículo 32º de la Convención de Viena. Ellos suelen estar en poder de las partes en el tratado.

En este sentido, en el caso *Australian Airlines* los trabajos preparatorios del TBI entre Austria y Checoslovaquia desempeñaron un papel clave en la interpretación de la disposición sobre solución de controversias y de la CNMF. En ese caso, el análisis de los trabajos preparatorios reveló que la

redacción original de la cláusula sobre solución de controversias establecía la posibilidad de someter a arbitraje internacional todas las controversias relativas a inversiones sin limitación y que posteriormente esa cláusula había sido limitada a controversias relativas a la indemnización por expropiación y a las obligaciones sobre transferencias⁶². La mayoría del tribunal entendió que los trabajos preparatorios indicaban que las partes en el tratado deliberadamente habían restringido el alcance inicialmente amplio de la cláusula arbitral y que, por lo tanto, la intención específica de las partes de limitar el arbitraje únicamente a dos supuestos prevalecía sobre la posibilidad de importar cláusulas arbitrales más favorables de otros tratados por medio de la CNMF⁶³.

Otro elemento relevante a fin de determinar la intención de las partes puede ser el examen de la conducta de las partes al celebrar otros TBIs. En este

sustanciales del "tratamiento" y que la presencia de excepciones expresas a la CNMF excluía, por aplicación del principio *expressio unius est exclusio alterius*, la posibilidad de cualquier excepción implícita. Asimismo, expresó que no correspondía incluir dentro del contexto relevante a los fines de interpretar el alcance de la CNMF la disposición del TBI cuya aplicación se pretendía eludir por medio de la CNMF, pues ello privaba de efecto a esa cláusula. *Ibid.*, opinión separada de CHARLES BROWER, párrs. 2-3, 5, 7.

⁶⁰ Así, se utilizarían medios complementarios para establecer el sentido de la CNMF, de conformidad con el artículo 32º de la Convención de Viena.

⁶¹ Ver *Plama*, párr. 196. *Austrian Airlines*, párr. 99.

⁶² *Austrian Airlines*, párrs. 105-107, 137.

⁶³ *Ibid.* párrs. 135, 138. En cambio, en su opinión separada CHARLES BROWER sostuvo que no correspondía recurrir a los trabajos preparatorios pues el término "tratamiento" no era ambiguo y que tales trabajos carecían de relevancia porque no se referían al alcance que las partes habían tenido la intención de darle a la CNMF. *Ibid.*, opinión separada de Charles Brower, párr. 4. Asimismo, manifestó que considerar la cláusula sobre solución de controversias como una excepción implícita a la CNMF contradecía el intención de la partes de garantizar un tratamiento a los inversores de la otra parte igual al otorgado a los inversores de terceros Estados mediante la inclusión de una CNMF amplia que no contenía entre sus excepciones explícitas el acceso al arbitraje bajo tratados de inversión con terceros Estados. *Ibid.* Opinión separada de CHARLES BROWER, párr. 8.

sentido, el tribunal de *Maffezini* examinó la práctica de España y Argentina al celebrar TBIs con otros Estados. Con respecto a la práctica de la Argentina, observó que ese país había abandonado su política de exigir el sometimiento previo de las controversias sobre inversión a sus tribunales locales, aceptando cláusulas que contemplaban el acceso directo al arbitraje internacional después de un período de negociaciones amistosas⁶⁴. En relación con España, el tribunal señaló que la práctica preferida por España en sus TBIs con otros países era permitir el arbitraje después de un período de negociaciones amistosas⁶⁵. El tribunal destacó que sólo en uno de los tratados celebrados por España con otros países se seguía el modelo del TBI entre Argentina y España⁶⁶. El tratado en cuestión era el TBI Uruguay-España. El tribunal de *Maffezini* sostuvo que la semejanza entre ambos tratados probablemente se debía a la “similitud de las políticas adoptadas por las dos naciones del Río de la Plata”⁶⁷. Tanto el cambio de política de la Argentina como la actitud positiva en general de España al arbitraje directo fueron tenidos en cuenta por el tribunal de *Maffezini* para determinar que la CNMF del TBI entre Argentina y España era aplicable a cuestiones relativas a la solución de controversias⁶⁸.

Sin embargo, un argumento similar fue considerado irrelevante por el tribunal de *Wintershall*, el cual sostuvo lo siguiente:

“La Demandante sostiene que el Artículo 10(2)^o no era una cuestión de política pública para Argentina, como lo demuestra el hecho de que, de un total de 48 TBI suscritos por Argentina con terceros Estados, el TBI celebrado con Alemania fue uno de los pocos TBI (de hecho, uno entre nueve) que incluía una disposición como la del Artículo 10(2)^o; en todos los restantes se previó, en la cláusula de resolución de diferencias, el acceso directo al arbitraje del CIADI. Pero ello no es relevante. En el presente caso, el interés del Tribunal se centra en la interpretación del texto de un tratado en particular: el Tratado Bilateral de Inversión celebrado entre la República Argentina y la República Federal de Alemania. El texto que corresponde interpretar es el de ese tratado, y la interpretación debe realizarse a la luz de la Convención de Viena de 1969, y del principio de contemporaneidad. Ante la falta de *travaux préparatoires* u otras pruebas de lo que tenían en mente los Estados Contratantes cuando establecieron un marco temporal limitado para litigar ante los tribunales en Argentina, lo único cierto es que ésa era la voluntad de los dos Estados Contratantes, y la Demandante, una inversora alemana en Argentina, no puede aducir que el Artículo 10(2)^o sea incoherente, y mucho menos de que “carezca de sentido”, o que resultara “fútil” en el momento en que el Gobierno de Argentina tomó las medidas cuestionadas (...)”⁶⁹.

El tribunal de *Plama* también examinó la práctica de los Estados partes en el TBI en cuestión al celebrar otros

⁶⁴ *Maffezini*, párr. 57. WONG. *Op. cit.*; en nota 7,

⁶⁵ *Maffezini*, párr. 58. Ver también WONG. *Op. cit.*; en nota 7, pp. 183-184.

⁶⁶ *Maffezini*, párr. 59.

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ ACCONCI. *Op. cit.*; en nota 32, p. 389.

tratados de inversión. En este sentido, observó que Bulgaria—el Estado receptor de la inversión— había comenzado a celebrar TBIs con disposiciones sobre solución de controversias mucho más liberales a partir de los años '90 con el cambio del régimen comunista⁷⁰. Sin embargo, consideró que esto era irrelevante en virtud del fracaso de las negociaciones entre Bulgaria y Chipre —el Estado de nacionalidad del inversor— para realizar enmiendas a su TBI, incluyendo específicamente una enmienda a la disposición sobre solución de controversias⁷¹. El tribunal infirió que el fracaso de tales negociaciones significaba que las partes no habían tenido la intención de que la CNMF se extendiera a cuestiones sobre solución de controversias⁷².

Asimismo, al interpretar el TBI entre Austria y Checoslovaquia, el tribunal de *Austrian Airlines* tuvo en cuenta la práctica en materia de tratados de inversión de Checoslovaquia. La mayoría del tribunal entendió que el hecho de que las partes hubieran decidido incluir una cláusula de solución de controversias que restringía el arbitraje a determinados supuestos, cuando otros tratados de

inversión de Checoslovaquia contenían cláusulas de solución de controversias más amplias, confirmaba que las partes habían tenido la intención específica de limitar el acceso al arbitraje y que esa limitación no podía eludirse mediante la CNMF⁷³.

3.3. ¿La CNMF como base del consentimiento al arbitraje?

Los casos relativos a la posibilidad de aplicar la CNMF de un tratado de inversión a cuestiones relativas a la solución de controversias han sido clasificados en dos grupos⁷⁴: por un lado, los casos en los que se ha invocado la CNMF para eludir el cumplimiento de un requisito previo para acceder al arbitraje internacional y, por el otro, los casos en los que la CNMF ha sido invocada para reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado o para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a arbitraje internacional en virtud del tratado base.

Con respecto al primer grupo de casos, son varios los inversores que

⁶⁹ *Wintershall*, párr. 128.

⁷⁰ *Plama*, párr. 195.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*

⁷³ *Austrian Airlines*, párrs. 134-135. En su opinión separada, Charles Brower manifestó que la existencia de otros TBIs de Checoslovaquia con cláusulas de solución de controversias más amplias al momento de concluirse el TBI con Austria no significaba que las partes hubieran tenido la intención de limitar el alcance de la CNMF. *Ibid.* opinión separada de Charles Brower, párr. 9. Agregó que muchas razones podían explicar el comportamiento de Checoslovaquia y que si Checoslovaquia hubiera querido excluir el acceso al arbitraje del alcance de la CNMF, habría incluido esa limitación en la lista de excepciones expresas a tal cláusula. *Id.*

⁷⁴ DOLZER *et al.* *Op. cit.*; en nota 23, pp. 254-256. WONG. *Op. cit.*; en nota 7, pp. 173-174, 181.

han invocado la CNMF para eludir el cumplimiento del requisito de que una controversia en materia de inversión sea sometida a los tribunales locales del Estado receptor de la inversión durante cierto tiempo como condición previa para poder acceder al arbitraje internacional⁷⁵. Inicialmente, esta utilización de la CNMF recibió una respuesta favorable por parte de los tribunales arbitrales de inversión⁷⁶. Los que hicieron lugar a esta utilización de la CNMF consideraron que su aplicación para eludir un requisito previo al arbitraje no afectaba el consentimiento dado por las partes en el TBI aplicable⁷⁷, o –en el lenguaje del tribunal de *Maffezini*– no dejaba sin efecto las consideraciones de política pública previstas por las partes contratantes como condiciones fundamentales para su aceptación del tratado correspondiente⁷⁸. Esos tribunales entendieron que prescindir de un paso preliminar en el acceso al arbitraje internacional ofrecido en un TBI producía un efecto mucho más limitado que sustituir *in toto* las disposiciones sobre solución de controversias del TBI base por un mecanismo de solución

de controversias de otro tratado o que ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a arbitraje en virtud del tratado base⁷⁹.

Sin embargo, en el caso *Wintershall* el tribunal resolvió en contra de la posibilidad de utilizar la CNMF para eludir el cumplimiento del requisito de someter la controversia a los tribunales locales como condición previa al arbitraje internacional. El tribunal de ese caso consideró que, más allá del lenguaje específico de la CNMF en cuestión, el incumplimiento de ese requisito sí afectaba el consentimiento dado por las partes en el tratado, ya que ellas habían subordinado expresamente la posibilidad de recurrir al arbitraje a la condición de que el inversor demandante sometiese previamente su controversia a los tribunales del Estado receptor de la inversión⁸⁰. Además, el tribunal de *Wintershall* entendió que la demandante no había pretendido simplemente eludir el cumplimiento de ese requisito, sino que había intentado reemplazar la cláusula de solución de controversias del tratado

⁷⁵ Los TBIs celebrados por Argentina con Italia, Bélgica-Luxemburgo, el Reino Unido, Alemania, Suiza, España, Canadá, Austria, Países Bajos y Corea, y los TBIs celebrados por Uruguay con Alemania, Países Bajos, Suiza, Hungría, Italia, Rumanía, Polonia, el Reino Unido, Bélgica-Luxemburgo y España, contienen este requisito.

⁷⁶ Ver, e.g., *Suez/SGAB/Vivendi/AWG. National Grid. Suez/SGAB/InterAguas. Gas Natural. Siemens. Maffezini*. Ver también DOLZER *et al.*. *Op. cit.*; en nota 23, p. 254. SCHILL, Stephan W. "Multilateralizing Investment Treaties Through Most-Favored-Nation Clauses". En: *Berkeley Journal of International Law*. Berkeley: University of California, Berkeley, School of Law, 2009, vol. 27, N.º 2, p. 530. WONG. *Op. cit.*; en nota 7, pp. 173-174.

⁷⁷ *National Grid*, párr. 92. ACCONCI. *Op. cit.*; en nota 32, p. 390. WONG. *Op. cit.*; en nota 7, pp. 187, 193-194.

⁷⁸ *Maffezini*, párrs. 62-63. Ver también *Gas Natural*, párr. 30. *Siemens*, párr. 105. ACCONCI. *Op. cit.*; en nota 32, pp. 390, 393-394. WONG. *Op. cit.*; en nota 7, p. 186.

⁷⁹ Ver *Suez/SGAB/Vivendi/AWG*, párr. 65. *National Grid*, párr. 91. *Plama*, párrs. 209-210. Ver también FAYA RODRIGUEZ. *Op. cit.*; en nota 9, pp. 96, 101.

⁸⁰ *Wintershall*, párrs. 127, 160, 190. Ver también SCHILL. *Op. cit.*; en nota 76, pp. 530, 545-546.

base por la de otro tratado, lo cual era inadmisibles⁸¹.

En cuanto al segundo grupo de casos, en general los tribunales no han permitido a los inversores utilizar la CNMF para reemplazar el sistema de solución de controversias del tratado base por el de otro tratado o para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a arbitraje en virtud del tratado base⁸². Se consideró que ello producía el efecto de crear o ampliar el consentimiento de las partes en el tratado base o afectaba el núcleo esencial de las negociaciones entre las partes en ese tratado⁸³. Sin embargo, en el caso *RosInvest* el tribunal permitió al inversor utilizar la CNMF para ampliar las categorías de controversias susceptibles de ser sometidas a arbitraje en virtud del tratado base⁸⁴.

Del análisis de los casos precedentes surge la siguiente pregunta: ¿el límite a la aplicación de la CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias está dado por el consentimiento al arbitraje del Estado receptor de la inversión en el tratado base? En otras palabras, ¿permite la CNMF “importar” el consentimiento al arbitraje dado por el Estado receptor en un tratado de inversión distinto del tratado base? En principio, parecería que los tribunales arbitrales de inversión están en contra de esta posibilidad⁸⁵.

Así, en relación con el primer grupo de casos examinados, los tribunales que permitieron utilizar la CNMF para eludir el sometimiento de una controversia a los tribunales locales como condición para acceder al arbitraje, consideraron que tal requisito era un mero obstáculo procesal que retrasaba pero en última instancia no excluía el arbitraje internacional. Esos tribunales presumiblemente entendieron que la CNMF no “importaba” el consentimiento al arbitraje de un tratado distinto al aplicable, sino que ese consentimiento resultaba directamente del tratado base.

En cambio, el tribunal de *Wintershall* consideró que el requisito de sometimiento de la controversia a los tribunales locales no era un obstáculo procesal, sino una condición al consentimiento al arbitraje por parte del Estado receptor de la inversión. El incumplimiento de esa condición implicaba la inexistencia de consentimiento al arbitraje por parte del Estado receptor. En consecuencia, el tribunal no permitió la utilización de la CNMF, posiblemente porque entendió que ello implicaba “importar” el consentimiento al arbitraje de un tratado distinto al aplicable.

En la segunda categoría de casos, los inversores pretendieron utilizar la CNMF para “importar” el consentimiento al

⁸¹ *Ibid.*, párrs. 173-176.

⁸² *Ver, e.g., Austrian Airlines. Tza. Renta 4. Telenor*, párrs. 91, 98. *Berschader. Plama. Salini. Tecmed. Ver también FAYA RODRÍGUEZ. Op. cit.*; en nota 9, pp. 96, 101. *SCHILL. Op. cit.*; en nota 76, p. 540. *WONG. Op. cit.*; en nota 7, p. 174.

⁸³ *Plama*, párrs. 198-199, 207, 209, 219. *Tecmed*, párrs. 69, 74. *Ver también Dolzer et al.. Op. cit.*; en nota 23, pp. 255-256. *ACCONCI. Op. cit.*; en nota 32, pp. 391, 396, 399-401. *WONG. Op. cit.*; en nota 7, pp. 190, 193. *HOUDE et al. Op. cit.*; en nota 11, pp. 14-15. *SCHILL. Op. cit.*; en nota 76, pp. 540, 547.

⁸⁴ *RosInvest*, párrs. 124-139. *Ver también SCHILL. Op. cit.*; en nota 76, pp. 547-548.

⁸⁵ *SCHILL. Op. cit.*; en nota 76, pp. 540, 544-547.

arbitraje de un tratado distinto al aplicable. En general, los tribunales arbitrales de inversión rechazaron esta utilización de la CNMF. La única excepción es el caso *RosInvest*, en el cual, el tribunal manifestó que si bien la CNMF ampliaba el alcance de la cláusula sobre solución de controversias del tratado base y por ende estaba en conflicto con sus limitaciones, eso era el resultado normal de la aplicación de la CNMF⁸⁶. Resolvió que tenía jurisdicción más allá de la conferida por la cláusula sobre solución de controversias del tratado base, en virtud de la CNMF y de la cláusula sobre solución de controversias de otro tratado⁸⁷.

En conclusión, salvo en caso *RosInvest*, los tribunales sólo permitieron la aplicación de la CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias cuando consideraron que el consentimiento al arbitraje por parte del Estado receptor de la inversión resultaba directamente del tratado base. En general, rechazaron la posibilidad de utilizar la CNMF para atraer el consentimiento al arbitraje de un tratado distinto al aplicable.

4. CONCLUSIÓN

Si bien es difícil delinear una doctrina clara de las decisiones arbitrales internacionales de inversión referidas a la posibilidad de aplicar la CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias, es posible extraer algunas conclusiones.

Primero, ya sea que se considere que existe un principio general acerca

de la posibilidad de aplicar una CNMF a cuestiones relativas a la solución de controversias o que no existe tal principio general, es necesario interpretar cada CNMF en particular.

Segundo, salvo cuando las CNMFs establecen claramente que son aplicables a cuestiones relativas a la solución de controversias o que no lo son, es posible encontrar interpretaciones disímiles de CNMFs similares.

Tercero, la intención de los Estados partes en los TBIs ha sido tenida en cuenta por algunos tribunales al interpretar el alcance de la CNMF. Sin embargo, la conducta de los Estados partes de un TBI al celebrar otros tratados ha sido considerada como relevante por algunos tribunales e irrelevante por otros.

Cuarto, de las decisiones arbitrales sobre esta cuestión surgiría que el consentimiento al arbitraje por parte del Estado receptor de la inversión debe resultar directamente del tratado base y, en principio, no es posible utilizar la CNMF para atraer ese consentimiento de un tratado distinto al aplicable.

Por último, nuevas decisiones arbitrales reexaminarán estas cuestiones, agregarán nuevos argumentos o perspectivas e irán decantando en alguna dirección. Además, es esperable que en futuros TBIs los Estados partes establezcan expresamente cuál es el alcance que quieren darle a la CNMF, estableciendo específicamente si ella se aplica o no a cuestiones relativas a la solución de controversias.

⁸⁶ *RosInvest*, párr. 131. Ver también SCHILL. *Op. cit.*; en nota 76, pp. 547-548.

⁸⁷ *RosInvest*, párr. 133. Ver también SCHILL. *Op. cit.*; en nota 76, p. 548.

ANEXO

**DECISIONES ARBITRALES INTERNACIONALES DE INVERSIÓN RELATIVAS A LA POSIBILIDAD
DE APLICAR LA CNMF A CUESTIONES SOBRE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS**

Demandante(s)	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor	Aplicación de CNMF a solución de controversias
Emilio Agustín Maffezini	España	CIADI N° ARB/97/7	Decisión sobre Jurisdicción	25/01/2000	- Francisco Orrego Vicuña - Thomas Buergenthal - Maurice Wolf	Argentina – España	Posibilidad de acceder directamente al arbitraje internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses.	A favor
Técnicas edioambientales Tecmed S.A.	México	CIADI N° ARB(AF)/00/2	Laudo	29/05/2003	- Horacio A. Grigera Naon - José Carlos Fernández Rozas - Carlos Bernal Vereza	España - México	Posibilidad de extender la competencia del Tribunal a violaciones del TBI ocurridas con anterioridad a su entrada en vigor.	En contra

Demandante(s)	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor	Aplicación de CNMF a solución de controversias
Siemens AG	Argentina	CIADI N° ARB/02/8	Decisión sobre Jurisdicción	03/08/2004	• Andrés Rigo Sureda • Charles N. Brower • Domingo Bello Janeiro	Alemania Argentina	Posibilidad de acceder directamente al arbitraje internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses.	A favor
Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A.	Jordania	CIADI N° ARB/02/13	Decisión sobre Jurisdicción	09/11/2004	• Gilbert Guillaume • Bernardo Cremades • Sir Ian Sinclair	Italia - Jordania	Posibilidad de someter la controversia al CIADI cuando el TBI establecía que en caso de que el inversor y una entidad de la una Parte Contratante hubieran celebrado un acuerdo de inversión, el procedimiento de solución de controversias previsto en el acuerdo de inversión era el aplicable.	En contra

Demandante(s)	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor	Aplicación de CNMF a solución de controversias
Plama Consortium Limited	Bulgaria	CIADI N° ARB/03/24	Decisión sobre Jurisdicción	08/02/2005	• Carl F. Salans • Albert Jan van den Berg • V.V. Veeder	Chipre - Bulgaria	Posibilidad de someter la controversia al CIADI cuando el TBI establecía arbitraje <i>ad hoc</i> CNUDMI sólo para determinar el monto de la indemnización en caso de expropiación.	En contra
Gas Natural SDG, S.A.	Argentina	CIADI N° ARB/03/10	Decisión sobre Jurisdicción	17/06/2005	• Andreas F. Lowenfeld • Henri C. Álvarez • Pedro Nikken	España - Argentina	Posibilidad de acceder directamente al arbitraje internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses.	A favor

Demandante(s)	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor	Aplicación de CNMF a solución de controversias
Vladimir Berschader y Moise Berschader	Rusia	SCC N° 080/2004	Laudo	21/04/2006	• Bengt Sjöval • Sergei Lebedev • Todd Weiler	Bélgica-Luxemburgo U.R.S.S.	Posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia relativa a la violación de estándares de trato distintos de la expropiación, cuando el TBI sólo permitía someter a arbitraje las controversias relativas al monto de la indemnización por expropiación.	En contra
Suez, SGAB S.A. e InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A.	Argentina	CIADI N° ARB/03/17	Decisión sobre Jurisdicción	16/05/2006	• Jeswald W. Salacuse • Gabrielle Kaufmann-Kohler • Pedro Nikken	Francia – Argentina / España – Argentina	Posibilidad de acceder directamente al arbitraje internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses.	A favor

Demandante(s)	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor	Aplicación de CNMF a solución de controversias
Telefónica S.A.	Argentina	CIADI Nº ARB/03/20	Decisión sobre Jurisdicción	25/05/2006	• Giorgio Sacerdoti • Charles N. Brower • Eduardo T. Siqueiros	España – Argentina	Posibilidad de acceder directamente al arbitraje internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses.	A favor
National Grid PLC	Argentina	Arbitraje CNUDMI	Decisión sobre Jurisdicción	20/06/2006	• Andrés Rigo Sureda • E. Whitney Debevoise • Alejandro Garro	Reino Unido – Argentina	Posibilidad de acceder directamente al arbitraje internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses.	A favor

Demandante(s)	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor	Aplicación de CNMF a solución de controversias
Suez, SGAB S.A. y Vivendi Universal S.A./ AWG Group Ltd.	Argentina	CIADI N° ARB/03/19 / Arbitraje CNUDMI	Decisión sobre Jurisdicción	03/08/2006	• Jeswald W. Salacuse • Gabrielle Kaufmann-Kohler • Pedro Nikken	Francia – Argentina / España – Argentina / Reino Unido – Argentina	Posibilidad de acceder directamente al arbitraje internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses.	A favor
Telenor Mobile Communications A.S.	Hungría	CIADI N° ARB/04/15	Laudo	13/09/2006	• Sir Roy Goode • Nicholas W. Allard • Arthur L. Marriott	Noruega – Hungría	Posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia por violación del estándar de trato justo y equitativo cuando el TBI sólo permitía someter a arbitraje los reclamos por expropiación.	En contra

Demandante(s)	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor	Aplicación de CNMF a solución de controversias
RosInvestCo UK Ltd.	Rusia	SCC N° V 079/2005	Laudo sobre Jurisdicción	10/2007	• Karl-Heinz Böckstiegel • Lord Steyn • Sir Franklin Berman	Reino Unido – U.R.S.S.	Posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia sobre la existencia y legalidad de una expropiación cuando el TBI sólo permita someter a arbitraje controversias relativas al monto de la indemnización por expropiación y a las consecuencias de la expropiación.	A favor
Wintershall AG	Argentina	CIADIN° ARB/04/14	Laudo	08/12/2008	• Fali S. Nariman • Santiago Torres Bernárdez • Piero Bernardini	Alemania - Argentina	Posibilidad de acceder directamente al arbitraje internacional sin someter la controversia previamente a los tribunales locales durante 18 meses.	En contra

Demandante(s)	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor	Aplicación de CNMF a solución de controversias
Renta 4 S.V.S.A. y otros	Rusia	SCC N° V 024/2007	Laudo sobre Jurisdicción	20/03/2009	• Charles N. Brower • Toby T. Landau • Jan Paulsson	España – U.R.S.S.	Posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia que no se limitaba a la cuestión de la indemnización por expropiación, tal como exigía la cláusula de solución de controversias del TBI.	En contra
Tza Yap Shum	Perú	CIADI N° ARB/07/6	Decisión sobre Jurisdicción	19/06/2009	• Judd Kessler • Hernando Otero • Juan Fernández-Armesto	China - Perú	Posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia relativa a la violación de estándares de trato distintos de la expropiación, cuando el TBI sólo permitía someter a arbitraje los reclamos por expropiación.	En contra

Demandante(s)	Demandado	Foro	Tipo de decisión	Fecha	Tribunal	TBI	Beneficio pretendido por el inversor	Aplicación de CNMF a solución de controversias
Austrian Airlines	Eslovaquia	Arbitraje CNUDMI	Laudo	09/10/2009	• Gabrielle Kaufmann-Kohler • Charles Brower • Vojtěch Trapl	Austria - Checoslovaquia	Posibilidad de someter a arbitraje internacional una controversia sobre la legalidad de una expropiación y otros reclamos distintos de la expropiación, cuando el TBI sólo permitía someter a arbitraje controversias relativas al monto y a las condiciones de pago de la indemnización por expropiación y las obligaciones sobre transferencias.	En contra

LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

JULIO CÉSAR RIVERA (*)

SUMARIO: 1. Reconocimiento de la naturaleza contractual de la cláusula arbitral. 2. El objeto de la cláusula arbitral. 3. La regla de la interpretación restrictiva creada por la jurisprudencia. 4. Efectos de la regla de interpretación restrictiva. 5. Un precedente reciente: limitación del arbitraje a “cuestiones de hecho”. 5.1. Conclusión. 6. Crítica a la regla de la interpretación restrictiva. 6.1. La regla de la interpretación restrictiva es contraria a los criterios que presiden la interpretación de los contratos. 6.2. La regla de interpretación restrictiva proviene de una inadecuada generalización de una excepción. 6.3. No hay ninguna renuncia. 7. Conclusiones.

En Argentina casi no se discute que la jurisprudencia es una fuente del derecho. Más allá de los debates teóricos que tal cuestión puede causar, lo cierto es que ningún abogado, profesor, juez o estudiante de derecho puede dejar de conocer los pronunciamientos de los tribunales.

Ello es así porque es harto frecuente que los tribunales funden sus resoluciones

en los precedentes de otros tribunales. Y también porque la obra de los tribunales ha sido relevante en la actualización del derecho civil.

Por otra parte, si bien los fallos de la Corte Suprema de Justicia no son –al menos en principio– obligatorios para los tribunales inferiores, se ha ido construyendo una doctrina conforme

(*) Socio de Julio Cesar Rivera Abogados, Buenos Aires, Argentina. Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad de Buenos Aires. Presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

Con la colaboración de la abogada Laura Piedrahita.

a la cual la alta autoridad moral de la Corte impone a los demás tribunales de la Nación y las Provincias adecuarse a las decisiones de aquélla. Por lo demás, razones de economía procesal así lo exigen, pues de otro modo las sentencias de los tribunales inferiores contrarias a los criterios de la Corte Suprema obligarían a las partes a recorrer todas las instancias hasta obtener una decisión del Más Alto Tribunal, con el consiguiente desgaste jurisdiccional. De modo que en general es aceptado que los tribunales inferiores para apartarse de los criterios sentados por la Corte Suprema deben dar razones para ello que justifiquen ese apartamiento. De no hacerlo así sus resoluciones pueden ser calificadas como sentencias arbitrarias.

Ahora bien; si estos criterios sobre la eficacia de la jurisprudencia son aplicables a ámbitos rigurosamente legislados, con mayor razón de ser se justifican cuando la materia de que se trata no está legislada o lo está deficientemente.

Y esto es lo que sucede con el arbitraje: no existe una ley nacional de arbitraje y por ello la materia se encuentra tratada en cada uno de los Códigos Procesales de Provincia² que son muy poco sofisticados. De allí que los desarrollos que desde el siglo Xix viene haciendo la jurisprudencia son muy relevantes para

el conocimiento del derecho arbitral realmente vigente. En especial, son trascendentes los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los que hemos dedicado antes de ahora un estudio pormenorizado³.

Ahora bien; el examen de cuestiones vinculadas con la cláusula arbitral no está exento de esa regla. Debe hacerse a la luz de los textos –cuyo raquitismo surge a primera vista– y luego bajo el prisma de las sentencias judiciales.

Esto es lo que haremos en el presente estudio que centraremos fundamentalmente en un aspecto: la afirmación reiterada de la jurisprudencia argentina en el sentido de que la cláusula arbitral debe ser interpretada “restrictivamente”.

1. RECONOCIMIENTO DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

Para llegar al tema de la interpretación de la cláusula arbitral debemos pasar previamente por la definición de algunos presupuestos lógicos que también ha hecho la jurisprudencia en defecto de textos legales precisos.

El primero de esos presupuestos es el reconocimiento del carácter contractual de la cláusula arbitral.

¹ Argentina es un Estado federal en el cual las Provincias existen histórica y jurídicamente antes que el Estado Federal al que concurren a formar. De modo que el Estado Federal tiene las atribuciones que las Provincias le han delegado. Entre esas atribuciones está la de dictar los códigos de fondo (civil, comercial, penal, de minería, de trabajo), pero en cambio no se ha delegado la regulación del proceso judicial. De allí que cada Provincia conserva la atribución de regular la organización judicial y los procedimientos judiciales.

² V. RIVERA, Julio César. “El Arbitraje en Argentina a través de la jurisprudencia de su Corte Suprema”. En: *Academia Nacional de Derecho*. Pcia. de Buenos Aires: La Ley, Agosto 2007.

Cabe partir de la advertencia que nuestro Código Civil no contempla entre los contratos típicos al contrato de arbitraje⁴ ni hace referencia alguna a él. Ello sin perjuicio de que en ciertos casos, tanto el Código Civil como el de Comercio, remiten la solución de ciertos diferendos a árbitros o jueces árbitros o jueces arbitradores⁵.

Ese silencio de la ley de fondo no impide afirmar que hay un reconocimiento unánime de la naturaleza contractual del acuerdo arbitral, incluso por la jurisprudencia de la Corte Suprema.

En un antiguo fallo nuestro más Alto Tribunal dijo que establecida la institución del arbitraje por la ley e incorporada a un contrato, debe producir los efectos que establece el artículo 1197, CCiv.⁶⁻⁷, a lo que agregó años más tarde que la garantía de los jueces naturales y el principio según el cual la defensa en juicio supone la posibilidad de ocurrir ante un tribunal de justicia no son óbices a la jurisdicción arbitral con fundamento convencional⁸.

Por ello, es doctrina de los tribunales inferiores que en torno a derechos disponibles rige el principio de autonomía de la voluntad –artículo 1197 CCiv.– ,

una de cuyas manifestaciones es librar la forma de solucionar las controversias a su respecto de una forma alternativa no judicial⁹.

2. EL OBJETO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

Entendida la cláusula arbitral como un contrato debe determinarse cuál es su objeto. En este caso la cuestión sobre el objeto se posa sobre la materia que se somete a la decisión de los árbitros. De modo que como regla debe afirmarse que puede sujetarse a la decisión de árbitros toda cuestión que no sea expresamente excluida por la ley.

Ante el silencio del Código Civil sobre cuáles materias están excluidas de ser sometidas a árbitros, la cuestión se remite a las soluciones propuestas por los códigos procesales.

En este sentido los códigos procesales contienen previsiones diversas. El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone que toda cuestión entre partes podrá ser sometida a la decisión de jueces árbitros, antes o después de deducida en juicio y cualquiera que fuere el estado de éste (artículo 736),

³ Como sí lo hacen algunos códigos modernos como el de Québec.

⁴ V. RIVERA, Julio César. *Arbitraje Comercial. Internacional y Doméstico*. Bs. As.: Abeledo – Perrot, 2007, cap. I, n° 12 B), p. 56.

⁵ El artículo 1197 establece que los contratos son obligatorios para las partes como si fuesen la ley misma.

⁶ CSN, 26.9.1928, “YPF v. Capitán y/o Armadores del Buque Holandés Maashaven”, Fallos 152:347.

⁷ CSN, 06.11.1963, “SA Banco Sirio Libanés del Río de la Plata”, Fallos 257:105.

⁸ Dictamen del fiscal de cámara en C. Nac. Civ., sala J, 27.04.2004, “Bollini, Carlos Alberto v. Dunar Interiores SRL s/ ejecución de alquileres”, ED 208-42; íd., C. Nac. Civ., sala M, 30.04.2003, “Paolo, Mariana v. Nordelta SA”, citado en el primero.

con excepción de las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción que no podrán comprometerse en árbitros (artículo 737).

La excepción nos remite al Código Civil que dedica los artículos 842 a 849 para tratar “el objeto de las transacciones”.

La regla general es que “se puede transigir sobre toda clase de derechos, cualquiera que sea su especie y naturaleza, y aunque estuviesen sometidos a una condición” (artículo 849).

Excepcionan esta regla:

- a. Las cuestiones sobre validez o nulidad de matrimonio, salvo que sean en favor de la validez (art. 843 Cód. Civil);
- b. Las herencias futuras (art. 848 Cód. Civil);
- c. Las cuestiones relativas a la patria potestad, o a la autoridad del marido, sobre el propio estado de familia, sobre el derecho a reclamar el estado que corresponda a las personas, sea por filiación natural o legítima (art. 845 Cód. Civil).

Estos casos no presentan mayores dificultades interpretativas, pues claramente en el derecho argentino no son

eficaces los pactos sobre herencia futura, y es razonable la exclusión del arbitraje en materia de estado civil y familia, pues son materias indisponibles para las partes⁹.

Además, el art. 844 del CC., dispone que no pueden ser objeto de las transacciones las cosas que están fuera del comercio “y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención”. En principio, esta norma es redundante, pues es obvio que, siendo la transacción misma un contrato, su objeto debe ser conforme a las reglas sobre objeto de los contratos¹¹. Por otra parte, las reglas sobre objeto de los contratos poco agregan, pues el art. 1167, del CC., que trata el punto, remite al objeto de los actos jurídicos, sobre el cual se expide el art. 953, exigiendo que éste recaiga sobre cosas que están en el comercio o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen a un tercero.

Parece muy evidente entonces que el principio general es que todas las materias pueden ser sometidas a la decisión de árbitros, salvo una expresa exclusión legal. Tales exclusiones legales a su vez son limitadas a hipótesis muy concretas y que encuentran un fundamento común:

⁹ Pero el artículo 846 autoriza la transacción sobre intereses puramente pecuniarios anexos al estado de familia, siempre que éste mismo no se halle afectado. En cuanto a los alimentos, el artículo 374, CC., dispone que “la obligación de prestar alimentos no puede ser compensada (...) ni ser objeto de transacción...”, por lo que la doctrina considera que no se admite la transacción sobre el derecho de alimentos instituido por la ley a favor de los parientes próximos; pero sólo se refiere a los alimentos futuros, por lo que nada impide transigir sobre los alimentos ya devengados ni sobre el crédito alimentario en sí mismo: modo de cumplimiento, tiempo de ejecución, garantías, etc. (conf. LLAMBIAS, Jorge J. *Código Civil anotado*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1979, t. II-A, comentario a los arts. 842 a 849, nro. 8, p. 831).

¹⁰ PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G. *Instituciones de derecho privado – Obligaciones*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 598.

no son susceptibles de disposición por las partes, o sea, no rige en ellas el principio de autonomía de la voluntad (matrimonio, estado civil, herencias futuras).

3. LA REGLA DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA CREADA POR LA JURISPRUDENCIA

A pesar de que claramente el principio es que toda materia puede ser sometida a decisión de árbitros, salvo tratarse de cuestiones indisponibles para las partes, la jurisprudencia repite hasta el hartazgo que la cláusula arbitral importa una prórroga o sustracción voluntaria de la jurisdicción que ordinariamente tendrían los tribunales del Poder Judicial que es transferida a jueces particulares que sustanciarán y decidirán las contiendas que se sometan a su consideración¹²; por lo cual la arbitral es una jurisdicción de excepción y *las cláusulas de la ley o del contrato que la establecen deben interpretarse restrictivamente*¹³, criterio

que se ha extendido a las jurisdicciones inferiores de manera constante¹⁴ y que ha sido aplicado en muchos casos en que se ha debatido si correspondía o no que cierta cuestión hubiera de ser sometida a la decisión de los árbitros.

Es indicativo tomar en consideración que los precedentes más modernos, en particular los de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que es el tribunal llamado a intervenir en los recursos de nulidad contra laudos arbitrales dictados en casos mercantiles que tengan sede en Buenos Aires, suele exponer la fórmula sin otros fundamentos y remitiéndose a una antigua sentencia dictada en la causa “Sánchez María del Pilar c Maderas Bokser Sociedad de hecho de Alicia Bokser y Mario Simón Loterszpil”¹⁵. Ahora bien; lo realmente curioso es que esa sentencia cita la cláusula arbitral de forma incompleta, y carece de todo intento de fundamentación, limitándose también a repetir este dogma¹⁶. Y más curioso aún es que en

¹¹ Del voto del Dr. Boggiano en CSN, 17.11.1994, “Color v. Max Factor”, Fallos 317:1527.

¹² CSN, 18.04.1921, “Don Benedicto Serpe v. Gobierno Nacional”, Fallos 133:413; C. Nac. Com., sala E, 14.06.2000, “Wittman de Manukian, Anba v. Preiti, Carlos A. y otro”.

¹³ C. Nac. Civ., sala A, 13.06.1972, “Vialco SA v. El Fletero SRL”, LL 152-505, sum. 30558-S.

¹⁴ CNCom., Sala B, 20.05.1986, “Sánchez María del Pilar c. Maderas Bokser sociedad de hecho de Alicia Bokser y Mario Simon Loterszpil s. ordinario”, inédito. Referido en: CNCom, sala C, 25.10.1996, “Cooperativa Agropecuaria de la Violeta Ltda. C. Nidera SA s. Ordinario”, Sala E, 28.04.2000, “Nova Pharma Corporation SA c. 3M Argentina y otros s. ordinario”, ED 194, p. 151; Sala C, 16.08.2002, “Atuel Fideicomisos SA c. Fondo Solidario para empleados Asociación Civil”, LL 2003^a, p. 577; Sala B, 3.09.2004, “Arlisa SA v. Petrolera Santa Fe SA”, Lexis n° 70015311; Sala A, 14.02.2006, “Constructora Iberoamericana SA v. Sociedad de Inversiones Inmobiliarias SA y otro”, Lexis n° 70023603; Sala D, 22.11.1997, “Atorrasagasti María C. v. Atorrasagasti Bargués, Piazza y Cía SRL s. sumario” ED 181, p. 155; Sala A, 21.12.1988, “Carelli Cristina L y otro c. Productos El Orden SRL s. sumario”, inédito; Sala C, 19.06.1992, “Zumpf Gustavo v. Tucumán 300 SRL s. sumario”, inédito.

¹⁵ Ver: AGUILAR, Fernando. “Notas sobre la interpretación de la convención arbitral (in dubio pro arbitris)”. En: *Jurisprudencia Argentina*, 2007, Buenos Aires: LexisNexis Argentina., t. I, p. 1204; ROJAS, Jorge A. “La cuestión de la competencia en el arbitraje”. En: *El Derecho*, Buenos Aires: El Derecho, t. 228, p. 284.

¹⁶ CSN., 18.04.1921, “Don Benedicto Serpe v. Gobierno Nacional”, Fallos 133:413.

todos los casos en los que está citada, los autos están mal escritos... “Madera Boker” o “Maderas Boker” cuando es “Maderas Bokser” lo cual revela que los tribunales recurren a la cita del precedente sin constatar su contenido.

De todos modos esto no es suficiente crítica a la idea de la interpretación restrictiva, la que haremos más adelante. Ahora nos ocuparemos de los efectos que esta regla tiene a través de un examen de los casos concretos resueltos.

4. EFECTOS DE LA REGLA DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

Bajo esa premisa de la interpretación restrictiva, se ha resuelto:

a) que las disposiciones legales que autorizan el sometimiento a árbitros sobre las cuestiones que se susciten durante el curso de la ejecución o antes de la entrega de la obra, sobre la calidad o preparación de los materiales y sobre vicios de construcción, no permiten hacer extensiva la jurisdicción arbitral a otras diferencias que, aunque originadas en el cumplimiento del contrato, no revisten un carácter exclusivamente técnico, como el derecho del contratista a reclamar intereses sobre el importe de los certificados cuyo pago le haya sido demorado, tipo de

dichos intereses y derecho de ésta a exigir indemnizaciones¹⁷;

b) que la cláusula arbitral establecida en el contrato entre el constructor del puerto de Dock Sud y el Fisco que sometía a arbitraje las cuestiones que pudieran surgir relativas a la manera de cumplir las obligaciones que la Ley de Concesión le imponía no era aplicable al caso en que se debatía la pretensión de la concesionaria de estar excluida de los derechos de aduana¹⁸;

c) que habiéndose pactado el arbitraje para los casos en que la ejecución de los trabajos suscitara diferencias entre las partes, no procede resolver por ese medio el caso en que se discute la rescisión y nulidad del contrato¹⁹, con lo cual en realidad se afectaba la autonomía de la cláusula arbitral que la Corte había reconocido en un precedente de 1918 (ver *infra*, nro. 19);

d) que excede la jurisdicción arbitral pactada la demanda que persigue la nulidad de una serie de contratos; situación que se encuentra entroncada con el desenvolvimiento del control societario²⁰;

e) que la pretensión de rescisión de un contrato no queda comprendida en la

¹⁷ Citado por la CSN, 07.08.1935, “SA Puerto del Rosario v. Gobierno Nacional”, Fallos 173:221; indica como publicación *Gaceta del Foro* 20-193.

¹⁸ CSN, 24.08.1938, “SA Empresa Constructora F. H. Schmidt v. Provincia de San Juan”, Fallos 181:306.

¹⁹ CNCom., sala E, 28.04.2000, “Nova Pharma Corporation SA v. 3M Argentina SA y otros”, ED 194, p.151.

²⁰ CNCom., sala D, 05.05.2000, “Alquigas SA v. Servinorte SA”, LL 2000-E-489, de acuerdo con el dictamen del fiscal de cámara.

cláusula arbitral que sujeta a la decisión del árbitro la disidencia o dificultades en la interpretación del convenio²¹;

f) que el arbitraje no correspondía en un caso en que se lo había pactado para las “cuestiones o diferencias acerca del cumplimiento de las obligaciones que este contrato imponga” a las partes, pero había una cláusula por la cual se reservaba al Poder Ejecutivo la facultad de declarar la caducidad de la concesión por retardo en la ejecución. La Corte declaró que la protesta de la empresa contra la caducidad de la concesión no quedaba sujeta al arbitraje en función de aquella reserva²²;

g) que la pretensión de daños y perjuicios no queda alcanzada por la competencia arbitral si el contrato dispone que su existencia, validez, calificación, interpretación, alcance, cumplimiento o resolución se sujetan a la decisión de árbitros; y en el capítulo de “incumplimiento” se pactó que producido un incumplimiento la parte afectada debía intimar previamente a la otra, y vencido el plazo para cumplir, podría la parte recurrir al arbitraje o declarar rescindido el contrato. Según el fiscal y la cámara,

como el cumplidor había optado por la rescisión, habían renunciado al arbitraje y la acción de daños debía ser sustanciada ante los tribunales estatales²³;

h) que si la cláusula arbitral se previó “para el caso de duda o disentimiento en la interpretación o cumplimiento de este contrato referente a cuestiones que sean competencia del Consejo Profesional de Ingeniería Civil”, ella no comprende la denuncia de filtraciones, rajaduras y fisuras que pueden implicar la responsabilidad de los demandados²⁴;

i) que la existencia de una cláusula arbitral no puede fundar excepción de incompetencia propuesta ante un pedido de quiebra, pues éste se funda en la denuncia del estado de cesación de pagos y persigue la apertura de un juicio universal, obviamente excluido de la jurisdicción arbitral²⁵;

j) con mayor razón de ser, la interpretación restrictiva se aplica rigurosamente a los casos de arbitraje obligatorio, aunque en ese caso no se alude a la cláusula arbitral sino a la norma que impone el arbitraje como medio de solución de los conflictos²⁶.

²¹ CSN, 12.05.1914, “Fisco Nacional v. The Metropolitan Railway of Buenos Aires Limitada”, Fallos 119:3.

²² CNCom., sala B, 30.09.2004, “Arlisa SA v. Petrolera Santa Fe SA”, Lexis nº 70015311.

²³ CNCom., sala D, 10.08.2004, “Gorin, Pedro E. v. Ferrocom SRL”, JA 2005-I-38.

²⁴ CNCom., sala D, 06.09.2000, “Segovia, Rómulo v. Fernández, María L.”, JA 2001-IV-40.

²⁵ CSN, 21.06.1977, “Unión Obrera Metalúrgica v. Zunsa Zuntini Hnos.”, Fallos 298:161; concretamente, la doctrina del fallo es: “Siendo el procedimiento de arbitraje obligatorio un instituto de carácter excepcional, fundado en la necesidad de crear un medio rápido de solucionar los conflictos colectivos que afecten al interés nacional, su aplicación debe limitarse sólo a aquellos casos que reúnan los requisitos establecidos por la ley, debiendo efectuarse una interpretación restrictiva de la norma”.

²⁶ Ver dictamen del fiscal de cámara en CNCom., sala D, 22.11.1997, “Atorrasagasti, M. C. v. Atorrasagasti, Bargués Piazza y Cía. SRL”, ED 181-155 y otros fallos que allí se citan.

Además la regla de la interpretación restrictiva se ha aplicado en varios casos que versaban sobre cuestiones societarias, así se ha resuelto que:

a) No procede someter a árbitros la pretensión de nulidad de la asamblea de una sociedad de responsabilidad limitada²⁷;

b) La cláusula arbitral “no se aplica a las causas entre la sociedad y el socio, pues las cláusulas que someten a esa jurisdicción los conflictos sociales deben interpretarse restrictivamente”²⁸, ni a demandas por rendición de cuentas, disolución de sociedades, o cuestiones de derecho²⁹.

c) Por su lado la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires considera que: “dicha jurisdicción sólo rige respecto de “las cuestiones sociales” suscitadas entre los socios durante la existencia, liquidación o partición de la sociedad, en tanto que el reclamo de liquidación, formulado porque las partes no se han puesto de acuerdo en la liquidación privada o amigable, no entraña, propiamente, una “cuestión social”, sino sólo el ejercicio de un derecho innegable que con arreglo a la ley corresponde a los integrantes de la sociedad disuelta”³⁰.

5. UN PRECEDENTE RECIENTE: LIMITACIÓN DEL ARBITRAJE A “CUESTIONES DE HECHO”

La Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal se ha pronunciado el 28.2.08 en la causa “Rivadeneira. Hugo Germán c/ ABN Amro Bank NA y otros s/ ordinario”.

Se trataba de un contrato celebrado en 1999 que contenía una cláusula arbitral, pero el actor promovió acción judicial y frente a la excepción de incompetencia propuesta por el banco demandado, adujo que el objeto del proceso era la aplicación de la legislación de emergencia dictada con motivo de la crisis sistémica del año 2002, por lo que la cuestión no estaba contemplada en la cláusula arbitral.

La sentencia desestimó la excepción de incompetencia y por lo tanto confirmó la competencia del tribunal judicial en detrimento de la jurisdicción arbitral.

El argumento dirimente de la sentencia es que si bien el acuerdo arbitral es un contrato que como tal debe cumplirse como si fuera la ley misma

²⁷ CNCom, sala D, 07.09.1976, “Expreso Albió SRL c. Mercado de Tedesco Rosa R”, ED 70, p. 144.

²⁸ CNCom., Sala B, 31.07.53, “Göttling Federico c. García Pinto Eduardo S.”, LL 72, p. 163; C1a. CC La Plata, “Ross, Sara Bassi de v. Bassi, Carlos Alberto”, JA 1947IV, p. 599.

²⁹ SC Buenos Aires, 28.12.1965, “Defilippi, Roberto N. c. Bianchi, Luis M”, ED 15 – 678.

³⁰ CAIVANO, Roque J., “Un nuevo cercenamiento a los efectos de la cláusula compromisoria”. JA 2000-III-40. Este autor recuerda que el entonces juez Edgardo Alberti ha dicho “en la medida en que la ley autoriza a los sujetos de derecho a constituir su propio juez mediante la sujeción a árbitros y que el tema del diferendo versa sobre materia patrimonial perteneciente a sujetos capaces, no se entiende por qué la competencia de la llamada ‘jurisdicción arbitral’ soporta la minusvalía de ser apreciada restrictivamente” (de su voto disidente en CNCom., sala D, 07.09.1976, ED 70-144, JA 1977-I-590).

(artículo 1197 Código Civil), él debe interpretarse conforme a lo que las partes pudieron entender obrando con cuidado y previsión (artículo 1198 del Código Civil).

De ahí deriva el tribunal que el inusitado cataclismo económico acaecido con posterioridad a la celebración del contrato (se refiere a la crisis del año 2002) *no permite considerar que haya sido voluntad de los contratantes dejar librado al juicio de árbitros... la interpretación de las leyes y demás normas de emergencia económica y la fijación de los daños y perjuicios que dicen padecer.*

Además, el tribunal judicial que dicta la sentencia argumentó que la cláusula arbitral es de interpretación restrictiva, lo que es un lugar común en la jurisprudencia argentina; pero agregó que de ello se concluye en la admisión de la competencia arbitral para aquellas cuestiones “en que la discusión versa sobre la interpretación de cláusulas del contrato o la verificación de cuestiones de hecho ciertas y determinadas, con exclusión de aquellas otras hipótesis en que se trata de cuestiones de derechos o de aplicación de la ley, cuyo conocimiento se encuentra reservado exclusivamente a los jueces”.

5.1. Conclusión

Como se advierte de la revisión de estos precedentes, algunos relativamente

recientes, la jurisprudencia sigue muy atada al principio de la interpretación estricta y en algunos casos ha hecho aplicaciones exageradas.

Con lo que los tribunales siguen haciendo oídos sordos a la doctrina que señala que tal principio no tiene justificación sino en su sola enunciación³¹, y que constituye la contracara del criterio de la Corte de Casación francesa que trata de asegurar la eficacia de la cláusula arbitral con una jurisprudencia que claramente privilegia al arbitraje como el modo regular de resolución de los conflictos comerciales (especialmente internacionales)³².

6. CRÍTICA A LA REGLA DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA

6.1. La regla de la interpretación restrictiva es contraria a los criterios que presiden la interpretación de los contratos

Se ha dicho por nuestros tribunales que para que la tarea de interpretar un negocio jurídico se desarrolle dentro del mínimo margen de error, el intérprete debe observar rigurosamente ciertas pautas, a saber: a) en primer lugar, habrá de indagarse la voluntad real, es decir, la intención real de las partes y no limitarse al sentido literal de las palabras de los contratantes; b) la interpretación tendrá que tener en cuenta la buena fe negocial

³¹ GAILLARD, Emmanuel. “La jurisprudence de la Cour de Cassation en matière d’arbitrage international”. En: *Revue de l’Arbitrage*. Paris: Comité français de l’arbitrage, 2007, en particular n° 5, p. 703.

³² ST Jujuy, Sala I, 09.03.1984, ED 109-164.

(artículo 1198, párrafo 1, Código Civil); ello significa que el comportamiento de los contratantes debe ser coherente, franco, leal y honesto; c) no es posible amparar la conducta de una de las partes que –so color de la literalidad del convenio–, pretende ejercer con abuso su derecho subjetivo (artículo 1071, mismo código); d) por fin, es también necesario conocer los “fines económicos” que las partes perseguían al celebrar el contrato; solo así, el juez podrá brindar protección adecuada a los intereses en juego³³.

Es que resulta indiscutible e indiscutido que la interpretación debe tener como objetivo que se cumpla, sin distorsiones, la finalidad económica perseguida por las partes al celebrar el negocio³⁴.

Este criterio aceptado por la doctrina, ha tenido reflejo en la jurisprudencia argentina, la que ha sostenido que debe ser desestimada la interpretación propiciada por una de las partes, de la cual resulte afectada esa finalidad económica, alterando la reciprocidad y equivalencia de las prestaciones³⁵.

Como también está legalmente establecido que si una cláusula pudiera ser interpretada en dos sentidos, de uno de los cuales resultaría la validez

y del otro la nulidad, ha de preferirse la primera interpretación; y si ambas dieran igualmente validez al acto, deben tomarse en el sentido que más convenga a la naturaleza de los contratos y a las reglas de equidad (artículo 218, inc. 3, Cód. Comercio). Es la regla de preservación del negocio o *favor negotii*, que se corresponde a la idea de que las partes han celebrado el acto porque quieren sus efectos, y por lo tanto, no es razonable pensar que hayan declarado una voluntad que en definitiva llevará a la frustración del negocio. De modo que funciona no sólo cuando de una interpretación pudiera resultar la nulidad en sentido estricto, sino también cuando su resultado fuese frustrante del negocio aunque no se declare propiamente su invalidez. Tal lo que sucede cuando sin cuestionar la licitud de la cláusula arbitral se la declara inaplicable a una situación concreta en función del criterio “restrictivo”.

Dentro de este principio *favor negotii* se identifica la dirección de la interpretación, diciendo que es la que permita otorgar el máximo sentido útil al contrato o a la cláusula bajo análisis³⁶.

La interpretación restrictiva entonces constituye una afectación tanto de la regla general de interpretación

³³ V. entre otros ALTERINI, Atilio Aníbal. *Contratos*. Bs. As.: Abeledo-Perrot, 1998, n° 31, p. 257; cap. XVI, n° 11, p. 416.

³⁴ v. CNCiv., sala D, 17.10.79, JA 1982-III-584; CNCiv., sala F, 09.10.81, JA 1982-IV-261; íd., sala A, 21.05.74, JA 1974-24-376.

³⁵ ALEGRIA, Héctor. “La interpretación de los contratos en el derecho argentino”. En SOTO COAGUILA, Carlos Alberto (dir). *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina*. Lima: Grijley, 2007, t. I, pp. 53 y ss., en particular n° 7.2. en p. 102 y sus citas en nota 132.

³⁶ ROJAS, Jorge A. “La cuestión de la competencia en el arbitraje”. En: *El Derecho*, Buenos Aires: El Derecho, t. 228, p. 283.

finalista cuanto de la idea de preservación de los efectos del negocio. Si las partes han incluido una cláusula arbitral es porque pretenden que el diferendo se dirima por árbitros y no por los jueces. Seguramente han negociado libremente esa cláusula determinando la sede, el procedimiento o el reglamento bajo el cual debe desarrollarse; y al hacer todas estas elecciones han tenido en cuenta que el conflicto potencial podría ser resuelto por personas expertas y calificadas, con costos inferiores a los de un proceso judicial; y si de un contrato internacional se trata, han perseguido la elección de un foro neutral

Consagrar una regla como la de la interpretación restrictiva, que limita los efectos del contrato y que está más dispuesta a la ineficacia que a la eficacia, y por ende frustra la finalidad misma de la cláusula arbitral, no encuentra fundamento racional alguno y va claramente contra los parámetros de interpretación universalmente reconocidos y que en el derecho argentino aparecen expresados en el Código de Comercio.

Los contratos se hacen para cumplirse y obligan a las partes como si fuese la ley misma; de allí que esa presunta regla de interpretación restrictiva sea inaceptable en tanto conduce exactamente a lo contrario.

6.2. La regla de interpretación restrictiva proviene de una inadecuada generalización de una excepción

JORGE ROJAS ha estudiado el origen de esta “interpretación restrictiva” y lo ubica en un antiguo criterio de la Corte Suprema de Justicia sentado a partir de algún pronunciamiento de principios del siglo xx en el que consideró que todo sometimiento a arbitraje, por su carácter excepcional, hacía que su tratamiento requiriera suma cautela, por lo que debía ser interpretada con carácter restrictivo la cláusula compromisoria que así lo establecía³⁷.

Pero, afirma ROJAS, el error en el que se incurre –al generalizar la mentada “interpretación restrictiva– consiste en no advertir que la postura que asumió la Corte hacía referencia a la jurisdicción arbitral con relación al Estado Nacional toda vez que aquél estaba sometido, por la letra de la Constitución Nacional, a la competencia federal (artículo 100 de la CN en su versión original³⁸), por lo que respecto del Estado sí es posible predicar que es una jurisdicción de excepción y renunciante únicamente cuando por ley se lo habilita especialmente al Estado Nacional al efecto³⁹.

Pero en manera alguna la Corte ha extendido tal criterio a la jurisdicción arbitral cuando ella ha sido pactada entre

³⁷ Actualmente es el art. 116 CN; en él se atribuye a la Corte Suprema y a los jueces nacionales “(...) el conocimiento y decisión... de los asuntos en que la Nación sea parte (...)”.

³⁸ ROJAS, *Op. cit.*

³⁹ AGUILAR, Fernando. “Notas sobre la interpretación de la convención arbitral (in dubio pro arbitris)”. En: *Jurisprudencia Argentina*, 2007, Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, t. I, p. 1200.

particulares. Y parece muy claro que, como concluye JORGE ROJAS, no puede confundirse la competencia federal cuando el Estado es parte impuesta por la Constitución Nacional, con la competencia arbitral que puede ser pactada libremente entre particulares en tanto y en cuanto exista materia arbitrable.

6.3. No hay ninguna renuncia

El único fundamento explícito en que se sostiene la regla de la interpretación restrictiva es que el pacto arbitral constituye una renuncia a la jurisdicción judicial y como toda renuncia debe ser entendida en su alcance más restringido, afirmación que a su vez pretende fundarse normativamente en el art. 874 del Código Civil que dispone “La intención de renunciar no se presume y la interpretación de los actos que induzca a probarla debe ser restrictiva”.

Sin embargo, ha demostrado bien FERNANDO AGUILAR⁴⁰ que la cláusula arbitral no contiene renuncia alguna a derecho y en manera alguna autoriza la aplicación de la regla legal contenida en el artículo 874 Código Civil, siendo:

- a. La renuncia regulada por el Código Civil a partir del art. 868 es la renuncia a un derecho de contenido patrimonial, sustancialmente un crédito; es por lo tanto un acto gratuito que en caso de ser hecho por disposición de última voluntad se rige por las reglas de los legados (arts. 868 y 870);
- b. es obvio que la cláusula arbitral no es una renuncia gratuita de las reguladas por el Código civil: la cláusula arbitral es un contrato y como tal el resultado de la libre voluntad de las partes que al entrecruzarse forma para ellas un compromiso obligatorio para la ley misma; y como cualquier otro contrato en su interpretación ha de estarse a los ya estudiados principios de preservación, eficacia, respeto por la finalidad económica, etc.;
- c. la causa de la cláusula arbitral no es entonces una liberalidad (no hay *animus donandi*) sino que tiene como causa que la contraparte también está obligada; en otros términos, si la causa final radica en la bilateralidad⁴¹, ella se satisface plenamente en la cláusula arbitral, ya que ambas partes quedan obligadas por el pacto arbitral.

Por lo demás, tampoco hay una renuncia al “derecho a la jurisdicción judicial”. Es obvio que el Estado tiene un Poder Judicial organizado sobre la base constitucional cuya función es dirimir las causas que se le planteen (ley 27, artículo 1), pero ello nunca ha obstado a que junto a la jurisdicción judicial exista la jurisdicción arbitral. Tanto que a su decisión se derivan ciertas cuestiones por el Código Civil y por el Código de Comercio, que dan por sentada su existencia y eficacia.

⁴⁰ RIVERA, Julio César. *Instituciones de Derecho Civil - Parte General*. T. II. 5ª ed. Bs. As: Abeledo Perrot, 2007.

En otras palabras, elegir la jurisdicción judicial o la jurisdicción arbitral es una elección libre de las partes de un contrato. No renuncian a nada, sino que optan por alguna de las alternativas que toda persona libre tiene en tanto se trate de una materia disponible.

De allí que la regla de la interpretación restrictiva carezca de todo fundamento. Por el contrario, advirtiéndose la existencia de una cláusula arbitral, deberían los tribunales judiciales hacer lo necesario para hacerla eficaz, pues como se ha dicho reiteradamente es un contrato perfectamente bilateral: causa la misma obligación para todas las partes. Y causando tal pacto la misma obligación para ambas partes no puede ser jamás equiparada a una renuncia gratuita a un derecho patrimonial.

7. CONCLUSIONES

La regla de “interpretación restrictiva” acuñada por la jurisprudencia

argentina es un lamentable escollo a la eficacia del pacto arbitral y apaña “arrepentimientos” tardíos que en realidad son incumplimientos del contrato arbitral.

Si a ello se añade que nuestros tribunales no reconocen el principio competencia-competencia, lo que hace que los tribunales judiciales asuman competencia pese a la existencia de una cláusula arbitral creando conflictos entre ambas jurisdicciones que deben ser resueltas por la Corte Suprema; y que en más de una ocasión han mediado soluciones adversas a la autonomía de la cláusula arbitral, nos encontramos con un panorama en el cual un litigante de mala fe tiene muchas armas a su disposición para frustrar el convenio arbitral.

Todo lo cual demuestra cuan necesario es que en Argentina se sancione, de una vez por todas, una ley de arbitraje que contenga los principios que todas las naciones civilizadas aceptan hoy en día en esta materia.

CLÁUSULAS ESCALONADAS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

IGNACIO TORTEROLA (*)

SUMARIO: 1. *Algunas consideraciones introductorias.* 2. *Las cláusulas arbitrales escalonadas.* 3. *La cláusula arbitral y los tribunales Inversor-Estado. El tratamiento de la jurisprudencia arbitral.* 3.1. *La Media Cláusula Calvo: 18 meses ante la jurisdicción de los tribunales locales.* 3.2. *El período de negociación también llamado “cooling off period”.* 4. *Conclusiones.*

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Las cláusulas escalonadas, o “multi-tiered arbitration clauses”, son cláusulas arbitrales que proveen dos o más instancias escalonadas de solución de diferencias y contienen, generalmente, una primera instancia de negociación u otro medio de solución de la controversia con anterioridad a la posibilidad de iniciar un procedimiento arbitral.

Los tribunales nacionales, de distintas jurisdicciones, se han mostrado unánimes en interpretar que un laudo arbitral, cuya cláusula arbitral era escalonada y en la que algunos de los requisitos contenidos en la misma no se

habían cumplido con anterioridad a la instauración del procedimiento arbitral, no podía ser objeto de ejecución bajo la Convención de Nueva York de 1958.

Estos antecedentes, aplicados al arbitraje de inversión plantean un cuestionamiento interesante en cuanto concierne a la ejecutabilidad de laudos en los cuales no se dio cumplimiento a requisitos contenidos en las cláusulas arbitrales. Aunque en general ello no ha estado en la preocupación de quienes litigan y deciden este tipo de controversias, como se argumentará en este escrito, esta incertidumbre pudo haber constituido el razonamiento detrás de una famosa decisión jurisdiccional que ha sido revisada una y otra vez por la doctrina¹. Esto coincide también

(*) Enlace al CIADI en la Embajada Argentina en Washington, DC.

¹ Plama Consortium Ltd c. República de Bulgaria. Caso CIADI ARB/03/24.

con el reclamo, levantado por algunas organizaciones internacionales que, para el caso del arbitraje inversor-Estado, pregonan el respeto de los períodos de negociaciones a través de procesos que realmente puedan resolver en una etapa temprana la controversia a través de un método amigable que evite la disputa de inversión².

En definitiva, de aplicarse la línea jurisprudencial que aquí revisamos a laudos arbitrales dictados por tribunales de inversión que hayan ignorado el cumplimiento de condiciones contenidas en la cláusula arbitral, el laudo carecería –potencialmente– de ejecutabilidad.

Esta contribución doctrinaria propone entonces el análisis de las líneas jurisprudenciales aquí esbozadas y el análisis específico dispensado por tribunales Inversor-Estado de requisitos de mediación y negociación contenidos en el tratado. También se otorga alguna consideración particular al requisito de los 18 meses contenido en algunos tratados de inversión, especialmente en aquellos casos en que la República Argentina ha sido parte. Finalmente, se ofrecen algunas conclusiones personales del autor, teniendo en cuenta los siguientes interrogantes:

¿Cuál es la diferencia entre una cláusula arbitral contenida en un tratado bilateral de inversión y las cláusulas arbitrales antes señaladas? ¿La

violación de la cláusula arbitral llevaría a la inadmisibilidad del reclamo? ¿Si el procedimiento se hubiera sustanciado bajo Reglas Arbitrales diferentes del Convenio CIADI, podría constituir la cuestión aquí considerada un elemento para solicitar la anulación de la decisión arbitral?

2. LAS CLÁUSULAS ARBITRALES ESCALONADAS

Existen ya varios trabajos académicos que han realizado un cuidadoso análisis de las cláusulas escalonadas y de su impacto en la práctica arbitral. No es el motivo de este trabajo profundizar en esa temática que ha sido ya bien tratada y que en este mismo volumen recibe distinguido tratamiento³. Sin embargo, algunas consideraciones sobre el tratamiento dispensado por los tribunales nacionales a las “cláusulas escalonadas” ayuda a poner nuestro debate en contexto.

Las decisiones que aquí se analizan demuestran la existencia de una clara tendencia jurisprudencial que rechaza la ejecución de un laudo arbitral cuando no se ha dado cumplimiento a ciertas condiciones contenidas en la cláusula arbitral. Esta posición ha sido ratificada en casi todas las culturas jurídicas, incluso en aquellas que son extremadamente respetuosas del arbitraje como medio de solución de controversias y que,

² Ver en tal sentido UNCTAD, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*. UNCTAD Series on International Investment Policies for Development. United Nations, 2010.

³ CAIVANO, Roque. *Las Cláusulas Escalonadas de Resolución de Conflictos (Negociación, Mediación o Conciliación Previas al Arbitraje)*. En este mismo volumen.

inclusive, tienen un mandato en su propia jurisdicción para favorecer la solución arbitral. Los tribunales han dejado claro que el *favore arbitri* no implica que el tribunal se pueda apartar de lo acordado por las partes.

En *White v. Kampner*⁴ la CSJ de Connecticut –Estados Unidos de América– determinó que el tribunal de primera instancia correctamente había interpretado que siendo que el lenguaje específico del contrato mandaba a las partes a solucionar cualquier disputa primero mediante negociación y recién luego a través de resolución arbitral, la decisión del tribunal arbitral carecía de fuerza ejecutoria al no haberse respetado el acuerdo entre las Partes”⁵. El Alto Tribunal también entendió que el hecho que la recurrente hubiere aceptado discutir la competencia del tribunal arbitral no era obstáculo para la oposición a la ejecución, especialmente considerando (aunque no sólo por ello) que la recurrente se había opuesto desde un primer momento a la jurisdicción arbitral por no haber tenido lugar el ejercicio de negociación previsto en el contrato.

Las Cortes inglesas se han orientado en la misma dirección. Esta ha sido precisamente la decisión en el caso *Channel Tunnel Group Ltd (UK) and France Manche S.A. (Fr) v. Balfour Beatty Construction Ltk (UK) et. al.* (1992) Q.B. 656 (C.A.). Caso que fue confirmado por la Cámara de los Lores

el 21 de enero de 1993⁶. En tal sentido, la corte inglesa ha dicho:

*“If a party agrees to a mandatory dispute resolution clause, it must show good cause for departing from it. When one party filed an injunction in a British Court the court declined jurisdiction because the mandatory dispute resolution procedure was not complied with and the non-complying party did not show good cause. Similarly, Claimant has not shown any cause justifying a departure from a mandatory dispute resolution procedure. Claimant’s CEO attended his daughter’s wedding during the conciliation. This was not proper justification because Claimant’s lawyer, who suggested when and when the conciliation was to take place, could have scheduled the conciliation at a time when Claimant’s CEO was available”*⁷.

En el caso de los tribunales suizos, el tipo de sanción que conlleva el incumplimiento de la cláusula de solución de controversias, una de cuyas etapas no ha sido debidamente cumplida, todavía parece no haber sido totalmente zanjado. Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia también se inclinan por la inadmisibilidad del reclamo lo cual parecería responder mejor a las expectativas de las partes, mientras que contemplan el derrotero de la jurisprudencia francesa e inglesa que parece no dejar dudas sobre la solución que recomiendan⁸.

⁴ *White v. Kampner*, 641 A.2d 1381 (1994), p. 1.

⁵ *White v. Kampner. Op. cit.*; p. 3.

⁶ Reported as *Channel Tunnel Group Ltd. V. Balfour Beatty Construction Lt.* in [1993] A.C. 334; and [1993] 2 W.L.R. 262.

⁷ *Channel Tunnel Case. Op. cit.*, p. 32

⁸ En una reciente publicación de la Association Suisse de l’Arbitrage (2008) se hace notar que en una reciente decisión de la Corte Suprema Federal el tribunal hizo notar que el tipo de

La Jurisprudencia de los Tribunales alemanes va claramente también en el mismo sentido. Hay dos sentencias de la Corte Suprema Alemana que han reforzado esta interpretación “BGH decisión de Noviembre 18, 1998: VIII ZR 344/97 (1999) publicada en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 9, pp. 647-648 y BGH decisión de febrero de 1984 publicada en *Neue Juristische Wochenschrift*, Heft 12, pp. 669-670.

La contribución a esta publicación de ROQUE CAIVANO—antes citada—nos acerca también otras decisiones jurisdiccionales adicionales que demuestran que la línea jurisprudencial que venimos aquí refiriendo, no sólo es seguida en las principales plazas arbitrales, sino que es prácticamente unánime su aceptación⁹.

3. LA CLÁUSULA ARBITRAL Y LOS TRIBUNALES INVERSOR-ESTADO. EL TRATAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL

La jurisprudencia de los tribunales arbitrales de inversión se ha caracterizado por ignorar cualquier requisito en la cláusula arbitral anterior a la instancia arbitral. Ello ha ocurrido en los casos rutilantes contra la República Argentina y en los menos conocidos casos en los cuales lo que se ha ignorado es el principio de negociación

contenido en la cláusula arbitral. En opinión de este autor, cualquiera de ellos podría dar lugar a cuestionamientos de conformidad con la línea jurisprudencial materia de este trabajo.

3.1. La Media Cláusula Calvo: 18 meses ante la Jurisdicción de los Tribunales Locales

El artículo X del Tratado Bilateral entre la República Argentina y el Reino de España, norma que contiene la cláusula arbitral del tratado bilateral de inversión establece:

“Artículo X. Solución de controversias entre una parte e inversores de la otra parte.

1. — Las controversias que surgieren entre una de las Partes y un inversor de la otra Parte en relación con las inversiones en el sentido del presente Acuerdo, deberán, en lo posible, ser amigablemente dirimidas entre las partes en la controversia.

2. — Si una controversia en el sentido del párrafo 1 no pudiera ser dirimida dentro del plazo de seis meses, contando desde la fecha en que una de las partes en la controversia la haya promovido, será sometida a petición de una de ellas a los tribunales competentes de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión.

3. — La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes:

sanción por la violación de una cláusula arbitral todavía era una cuestión que no había sido definitivamente solucionada (104). El tribunal evitó referirse a la solución que mejor satisfaría el requisito. El documento de la ASA entiende que la inadmisibilidad de la acción sería la que mejor cumpliría con las expectativas de las partes. ASA Bulletin. How to Deal with Multi-tiered Dispute Resolution Clauses. Note on the Swiss Federal Court’s Decision 4A_18/2007 of 6 June 2007. Wolters Kluwer, 2008

⁹ Ver CAIVANO, Roque. Obra citada en este volumen.

a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes;

b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido.

4. — En los casos previstos por el párrafo 3 anterior las controversias entre las partes, en el sentido de este artículo, se someterán de común acuerdo, cuando las partes en la controversia no hubieren acordado otra cosa, sea a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965 o a un tribunal arbitral ad hoc establecido de conformidad con las reglas de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (C.N.U.D.M.I.).

Si después de un período de tres meses a partir de que una de las partes hubiere solicitado el comienzo del procedimiento no se hubiese llegado a un acuerdo, la controversia será sometida a un procedimiento arbitral en el marco del “Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, del 18 de marzo de 1965, siempre y cuando ambas Partes sean partes de dicho Convenio. En caso contrario la controversia será sometida al tribunal ad hoc antes citado.

5. — El tribunal arbitral decidirá sobre la base del presente tratado y, en su caso, sobre la base de otros tratados vigentes entre las Partes, del derecho interno de la Parte en cuyo territorio se realizó la inversión, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y de los principios generales del derecho internacional.

6. — La sentencia arbitral será obligatoria y cada Parte la ejecutará de acuerdo con su legislación”.

Normas similares es posible encontrar en los Tratados Bilaterales suscriptos por la República Argentina con el Reino Unido de Gran Bretaña, con la República Alemana y con la República Italiana. Normas como ésta también existen en otros tratados bilaterales en los que la República Argentina no es parte.

La norma claramente establece la obligación de la Parte Demandante de someter la controversia a resolución por los tribunales locales por el término de 18 meses, y ello constituye condición necesaria para proceder al recurso arbitral:

“(…) 3. — La controversia podrá ser sometida a un tribunal arbitral internacional en cualquiera de las circunstancias siguientes: a) a petición de una de las partes en la controversia, cuando no exista una decisión sobre el fondo después de transcurridos dieciocho meses contados a partir de la iniciación del proceso previsto por el apartado 2 de este artículo, o cuando exista tal decisión pero la controversia subsiste entre las partes; b) Cuando ambas partes en la controversia así lo hayan convenido”.

La decisión en el caso *Wintershall c. República Argentina* demuestra que existe también en el ámbito estricto del derecho internacional la preocupación por el carácter necesario —definido jurisdiccional— del cumplimiento de los requisitos contenidos en la cláusula arbitral.

115. Dada la redacción del Artículo 10° del TBI (y son las palabras las que determinan la intención de las Partes cuando se interpreta un tratado),

resulta evidente que la posibilidad de acceder al arbitraje del CIADI depende expresamente, entre otras cosas, de que el inversor-demandante someta primero su controversia a un tribunal competente de Argentina durante un período de 18 meses (más un período de espera de tres meses) antes de iniciar el procedimiento de arbitraje del CIADI¹⁰.

3.2. El Período de Negociación también llamado “cooling off period”

Un requisito también contenido en la cláusula arbitral de los tratados bilaterales de inversión es aquel que la doctrina ha dado en llamar “cooling-off period”, es decir, un período en el que las Partes deberían comprometerse en una negociación de la controversia, pero que la práctica ha tornado en un simple período de espera.

Como veremos a continuación, las partes demandantes en la mayoría de los casos han respetado el período de espera, aunque lo han vaciado de contenido al limitarse solamente a esperar el transcurso del plazo señalado.¹¹ En algunos casos excepcionales, sin embargo, siquiera se ha dado cumplimiento formal a este requisito. Cuando los tribunales arbitrales se enfrentaron a esta situación, su conducta fue la de simplemente ignorar

el incumplimiento definiéndolo como externo al compromiso arbitral. Esta cuestión fue discutida en detalle también en el caso *Wintershall*, cuyo tribunal se ha manifestado en los siguientes términos:

“149. Por ejemplo, en *Ethyl Corporation c. Canadá*, (Caso T.I.c.AN/CNUDMI), Decisión sobre jurisdicción del 24 de junio de 1998, Canadá afirmó que la demandante no había observado el período de espera de seis meses contado a partir de la fecha de los hechos alegados (que habían motivado la reclamación) antes de someter la reclamación a arbitraje, conforme a lo dispuesto en el Artículo 1120° del T.I.c.AN (“Siempre que hayan transcurrido seis meses desde que tuvieron lugar los actos que motivan la reclamación, un inversor contendiente podrá someter la reclamación a arbitraje [...]”). En *Ethyl c. Canadá*, el tribunal llegó a la conclusión fáctica de que, si bien la disposición contenida en el Artículo 1120° acerca del período de seis meses había sido redactada para promover las consultas o las negociaciones, en el caso que tenía ante sí el tribunal, cualquier intento de consulta o negociación habría sido “fútil”. Es por ello que al final del párrafo 85 de su decisión, el tribunal manifestó lo siguiente: “Teniendo en cuenta las circunstancias específicas del presente caso, el Tribunal resuelve que ni el Artículo 1119° ni el Artículo 1120° deben dar lugar a la interpretación de que este Tribunal carece de competencia [...]”. (Énfasis añadido)¹².

¹⁰ WINTERSHALL AG. c. República Argentina. Caso CIADI/ARB/07/7, p. 115.

¹¹ El documento de UNCTAD, antes señalado, critica esta falta de intención en otorgarle sustancia a la negociación entre las Partes, en la medida que esta parte previene cualquier solución entre las Partes que pueda evitar la controversia, señalando la existencia de varias legislaciones nacionales que han permitido la solución satisfactoria de controversias a través de consultas entre las partes. UNCTAD sostiene que el sólo hecho de llamar a este período de negociaciones “cooling off” demuestra la falta de voluntad de otorgarlo de verdadero sentido negocial.

¹² WINTERSHALL. *Op. cit.*; p.149.

La cuestión también se planteó en *Wena c. Egipto* y *Lauder c. República Checa*, expresándose estos tribunales en los siguientes términos:

“Inicialmente, Egipto objetó que Wena no había cumplido dos requisitos procesales previos contenidos en esta disposición. En primer lugar, señaló que ‘no [había] cumplido el requisito relativo al período de espera de tres meses’. En segundo lugar, sostuvo que el consentimiento de Wena debería haber sido ‘otorgado antes de que comenzaran el procedimiento, y no al mismo tiempo’. Sin embargo, como ya se señaló, durante los alegatos orales de la segunda sesión del Tribunal, la Demandada desistió de su excepción. Como señaló con acierto la Demandada, aun cuando a estas excepciones procesales hubieran sido declaradas con lugar, éstas podrían haber sido rectificadas fácilmente y habrían tenido pocos efectos prácticos, salvo el de retrasar el procedimiento. En consecuencia, el Tribunal acepta el ofrecimiento de la Demandada de desistir de esas excepciones”. No se trata de una “decisión” del tribunal, sino de la aceptación por parte del tribunal del ofrecimiento de la demandada de desistir de su excepción a la jurisdicción¹³.

151. En el caso *Ronald S. Lauder c. la República Checa*, sometido al arbitraje de la CNUDMI, el Artículo VI del tratado pertinente reza: “183. En cualquier momento luego de transcurridos seis meses desde la fecha en que se originó la diferencia, el nacional o la compañía en cuestión tiene la opción de prestar su consentimiento por escrito para que la diferencia se resuelva mediante conciliación o arbitraje obligatorio [...]”. Y el párrafo pertinente de la decisión del tribunal reza: “187. No

obstante, el Tribunal de Arbitraje considera que este requisito del período de espera de seis meses previsto en el Artículo IV(3)(a) del Tratado no es una disposición jurisdiccional, es decir, un límite a la autoridad del Tribunal de Arbitraje para pronunciarse sobre el fondo de la diferencia, sino una norma procesal que debe ser cumplida por la Demandante (*Ethyl Corporation c. Canadá*, CNUDMI, 24 de junio de 1998, 38 I.L.M. 708 [1999], párrafos 74-88). Como se señaló, el propósito de esta norma es permitir a las partes emprender negociaciones de buena fe antes de recurrir al arbitraje”. (Énfasis añadido)¹⁴.

153. En el caso *SGS c. Pakistán*, el artículo pertinente del TBI se cita en la decisión del tribunal: “80. El Artículo 9° del TBI reza: (1) Para resolver las controversias relativas a las inversiones entre una Parte Contratante y un inversor de la otra Parte Contratante, y sin perjuicio del Artículo 10° del presente Acuerdo (Controversias entre Partes Contratantes), las partes interesadas celebrarán consultas. (2) Si esas consultas no permiten solucionar la controversia en un plazo de 12 meses, y si el inversor implicado lo acepta por escrito, la controversia será sometida al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por el Convenio de Washington de fecha 18 de marzo del año 1965, sobre el arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”. El tribunal que intervino en el caso *SGS c. Pakistán* llegó (en lo pertinente) a la siguiente conclusión: “184. En general, los tribunales han tendido a sostener que los períodos de consulta no son de naturaleza obligatoria y jurisdiccional, sino más bien orientadora y procesal. (Por ejemplo en *Ethyl Corporation c.*

¹³ WINTERSHALL. *Op. cit.*; p. 150.

¹⁴ WINTERSHALL. *Op. cit.*; p. 151.

el Gobierno de Canadá, decisión sobre jurisdicción, 24 de junio de 1998, 38 I.L.M. 708, 724). Por consiguiente, no se considera que el cumplimiento de ese requisito constituya una condición previa para asumir jurisdicción”¹⁵.

Es interesante señalar que existen decisiones de tribunales arbitrales que consideraron “jurisdiccional” el carácter del período de “negociaciones amistosas” contenidos en los tratados de inversión. Dos casos paradigmáticos en este sentido son las decisiones en *Enron c. República Argentina* y *Nis Enterprise Fund c. Ucrania*. En el caso *Enron* el tribunal sostuvo que:

“No obstante, el Tribunal desea señalar, en este sentido, que la conclusión alcanzada no se debe a que el período de seis meses de negociación pudiera ser un mero requisito de procedimiento de carácter no jurisdiccional, como han argumentado las Demandantes y afirmado otros tribunales. En opinión de este Tribunal, dicho requisito reviste, sin duda, carácter jurisdiccional. Su incumplimiento conduciría a que se determinara la falta de jurisdicción. Como se señaló, en el presente caso se cumplió ese requisito, ya que la naturaleza y el alcance de la controversia son idénticas en las provincias argentinas. Lo mismo es cierto si se decidiera que la diferencia

es de carácter subordinado o adicional respecto de una demanda presentada anteriormente”. (Énfasis añadido) (Traducción del Tribunal)¹⁶.

En el caso *Nis Enterprise* el Tribunal fue más allá de cualquier otra decisión previa (tal vez sólo superada por *Wintershall*) y decidió suspender el procedimiento arbitral hasta que el requisito, en este caso, de una debida notificación legal, fuera cumplido¹⁷.

4. CONCLUSIONES

Un reconocido árbitro sugirió que el Tribunal en *Plama c. Bulgaria* había decidido la aplicación en forma restrictiva de la cláusula de la nación más favorecida dada la preocupación del tribunal arbitral sobre la ejecutabilidad del laudo arbitral¹⁸. Revisando la doctrina de los tribunales nacionales, que ha sido el objeto de la primera parte de este trabajo, uno podría llegar a la conclusión que la preocupación de *Carl Salans* fue legítima.

Hasta la decisión del caso *Wintershall*, la doctrina de los tribunales de inversión parecía ser clara en que el requisito de someter la controversia a los tribunales nacionales podía ser eximido a través de la

¹⁵ WINTERSHALL. *Op. cit.*; p. 153.

¹⁶ Decisión en el caso *Enron c. República Argentina*. Citado en *Wintershall. Op. cit.*; p. 143.

¹⁷ En tal sentido ver Polasek (2006), citado en UNCTAD, *Investor-State Disputes Prevention. Op. cit.*; p. 42.

¹⁸ El árbitro Charles Brower, durante la Audiencia de Jurisdicción en el caso *Impregilo SpA c. República Argentina*, manifestó a las Partes, tomando posición sobre la discusión sobre la validez del precedente *Plama* para la discusión de la aplicación de la Cláusula de la Nación Más Favorecida al procedimiento arbitral, que el Presidente en ese tribunal —Carl Salans— se había manifestado preocupado por la ejecutabilidad de la decisión en los casos en que es de aplicación la Convención de Nueva York de 1958 y ello había llevado al rechazo en la aplicación de la cláusula (preocupación no necesariamente justificado —en la circunstancia— por tratarse de un procedimiento CIADI, que excepciona el procedimiento acordado en la Convención de Nueva York).

cláusula NFM. WINTERSHALL –y también MAFFEZINI– nos han recordado que este requisito es jurisdiccional, que conforma parte de la cláusula arbitral negociada *vis –a– vis* por los Estados Parte y que constituye parte del procedimiento que debe seguirse en forma previa a la instauración del juicio arbitral.

En el mismo modo, el requisito de “negociaciones” entre las partes en una controversia de inversión, antes de iniciar el procedimiento arbitral, parece haber sido ignorado por los tribunales arbitrales e incluso definido como un simple requerimiento procesal o un término incluido sólo para ordenar el procedimiento. Hay tribunales que, no obstante, no lo entendieron así. Es importante destacar, sin embargo, que existe una clara tendencia moderna que insiste en la necesidad de otorgar completa efectividad a estos procedimientos de negociación a los fines de evitar, en forma efectiva, la controversia entre las partes.

Las conclusiones generales y omni-comprendivas pueden ser, muchas veces, contrarias a la verdad. En cada caso debe analizarse el texto del tratado y, en específico de la cláusula arbitral, para poder determinar si la intención de las partes en un tratado bilateral de inversión fue introducir una cláusula arbitral escalonada. Se podría concluir,

a priori, que los Estados Negociadores de los tratados de inversión tuvieron la idea cierta de otorgar a cualquiera de ellos la posibilidad de solucionar el conflicto de inversión a través del recurso a los tribunales nacionales o a un período de negociaciones efectivas (y no meramente un plazo de espera). Por cierto, la idea de negociaciones o consultas previas ha estado siempre presente en el derecho internacional y corresponde a cada tribunal determinar si ha habido intención cierta de las partes de involucrarse en negociaciones capaces de resolver la controversia, como asimismo de determinar si el período de negociaciones ha sido cumplido con intención de encontrar una solución o si por el contrario ha sido objeto de una mera “mascarada” de negociación”. Deberá también determinarse si el Estado se ha involucrado en las negociaciones con el espíritu de resolver la disputa.

No debería sorprendernos, sin embargo, dado el estado de las jurisprudencias nacionales en la materia, y limitado a los casos en que es de aplicación la Convención del Nueva York de 1958, el rechazo de la ejecución de laudos de inversión cuando los requisitos contenidos en la cláusula arbitral no han sido cumplidos, y –especialmente– cuando la parte perdedora ha señalado al tribunal arbitral la necesidad del cumplimiento de ese requisito.

CHILE

EL ACUERDO DE ARBITRAJE: LA EXPERIENCIA CHILENA

JOSEFINA CAMPOS L. (*)

FELIPE OSSA G. (**)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Cláusulas arbitrales patológicas. 2.1. Concepto. 2.2. Posibles efectos de las cláusulas patológicas. 2.3. Las cláusulas en blanco. 2.4. Las cláusulas combinadas y la incorporación por referencia. 2.5. Interpretación de las cláusulas patológicas. 2.6. Tendencias recientes. 3. La obligación de las partes de someter la controversia a arbitraje. 3.1. Cumplimiento material o in natura de la obligación de arbitrar. 3.2. Formas de obtener el cumplimiento del acuerdo de arbitraje en Chile. 3.2.1. La excepción de arbitraje. 3.2.2. El incidente de nulidad de todo lo obrado. 3.2.3. Medidas cautelares. 4. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado donde las relaciones comerciales y jurídicas más importantes se desenvuelven entre partes de distintos países, con diversos idiomas, costumbres y sistemas jurídicos, caracterizado por la apertura de los mercados internacionales, el aumento de las inversiones transfronterizas y la firma de tratados de cooperación económica entre los Estados, el arbitraje internacional

se ha erigido como el principal método de resolución de controversias de carácter comercial o mercantil. La particularidad del arbitraje, y aquello que lo distingue de otros mecanismos de resolución de disputas, es su origen contractual, es decir, el arbitraje normalmente requiere de una convención de las partes, y es este acuerdo de voluntades el que da origen y legitimidad a la jurisdicción y competencia del tribunal arbitral para decidir el asunto controvertido. Sólo excepcionalmente no

(*) Asociada de Claro y Cía., Santiago, Chile.

(**) Socio de Claro y Cía, Santiago, Chile. Profesor de la Universidad Adolfo Ibáñez.

se requiere convención alguna, cuando es la misma ley la que ordena que un determinado asunto sea sometido a arbitraje, como ocurre en los casos de “arbitraje forzoso”¹.

Importantes autores han caracterizado el acuerdo o cláusula de arbitraje internacional como “un acuerdo por el cual dos o más partes consienten en que una controversia actual o potencial entre ellas, y que tenga un carácter internacional, será sometida a la decisión de uno o más árbitros”².

Este acuerdo de voluntades es el pilar fundamental sobre el que se erige al arbitraje, puesto que como ya se dijo, es la fuente de la jurisdicción del tribunal arbitral. En efecto, el acuerdo de arbitraje suprime la jurisdicción de los tribunales nacionales para conocer de los asuntos comprendidos en el pacto y, conjuntamente, otorga jurisdicción y competencia exclusiva al tribunal arbitral para conocer y resolver sobre los mismos. De ahí la importancia del acuerdo arbitral, y el especial énfasis que debe ponerse

en su redacción, ya que los defectos y ambigüedades del acuerdo arbitral pueden costar muy caro.

En este artículo, abordaremos desde la perspectiva de la experiencia chilena, las dificultades que suscita una cláusula ambigua o mal redactada, y cómo pueden salvarse satisfactoriamente con el objeto de obtener la ejecución efectiva del acuerdo, así como el rol que en este tema le cabe a los tribunales estatales. También nos ocuparemos de la posibilidad real de obtener la ejecución material o *in natura* del acuerdo arbitral, en caso que una de las partes se resista a someterse al arbitraje.

Analizaremos ambos aspectos del acuerdo de arbitraje principalmente a la luz de la nueva Ley Chilena sobre Arbitraje Comercial Internacional, dictada en el año 2004 e inspirada en la Ley Modelo de la UNCITRAL de 1985, haciendo referencia también a otras legislaciones e instrumentos vigentes en el ámbito internacional.

¹ El arbitraje forzoso es una institución muy particular ya que es el legislador quien dispone que determinados asuntos, por sus especiales características, necesariamente deben ser sometidos a la justicia arbitral. Es el caso de Chile, cuyo Código Orgánico de Tribunales se encarga de enumerar en el artículo 227 los casos de arbitraje forzoso, entre los que se encuentran por ejemplo, la liquidación de la sociedad conyugal o de una sociedad colectiva o en comandita civil, y la de las comunidades, la partición de bienes, las diferencias entre socios de una sociedad anónima, o una sociedad colectiva o en comandita comercial, etc. También en Argentina existe la institución del arbitraje forzoso como puede apreciarse en los artículos 1627 del Código Civil y 491 del Código de Comercio. El legislador, al disponer que determinados asuntos deban necesariamente ser conocidos por árbitros, expresa su confianza en la justicia arbitral, y en su mayor aptitud y experiencia para resolver dichos asuntos. Sin embargo, la institución del arbitraje forzoso también ha sido muy criticada, porque suprimiría el derecho a la justicia estatal, afectando la gratuidad en el acceso a la justicia. En este sentido, el italiano CARMELO DE MARCO, manifiesta que: “El arbitramento obligatorio, en mi opinión, parece estar viciado de inconstitucionalidad. Sólo las partes, en desarrollo de su autonomía, son libres de... renunciar a la jurisdicción del juez natural”. Citado por JARAMILLO, Carlos. *Solución alternativa de conflictos en el seguro y en el reaseguro*. Primera Edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 1998, p. 277.

² FOUCARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 1999, p.193.

2. CLÁUSULAS ARBITRALES PATOLÓGICAS

2.1. Concepto

Como es bien sabido, el concepto de “cláusulas patológicas” fue acuñado en 1974 por Frédéric EISEMANN, Secretario Honorario de la Corte de Arbitraje de la CCI. Tradicionalmente se ha caracterizado a las cláusulas de arbitraje patológicas como aquellas que contienen algún defecto o ambigüedad que probablemente impedirá el normal desarrollo del arbitraje³. Aunque existen diversas definiciones de la cláusula patológica en el ámbito académico, lo que realmente identifica a la cláusula patológica son los efectos que ella produce: las partes terminan discutiendo en los tribunales nacionales sobre la validez del acuerdo de arbitraje, frustrando el propósito esencial del acuerdo arbitral.

Algunos defectos recurrentes en las cláusulas de arbitraje son la referencia inexacta a una institución de arbitraje existente, o incluso a una inexistente; la falta de un señalamiento claro sobre el carácter exclusivo y obligatorio de la sumisión a arbitraje; la designación *in personam* de un árbitro sin prever el mecanismo de nombramiento para el caso que falle; la imposición de condiciones procedimentales imposibles de cumplir (plazos demasiado breves); etc.

2.2. Posibles efectos de las cláusulas patológicas

Dado que el acuerdo arbitral es el elemento fundamental que determina

el nacimiento, la extensión y las características del arbitraje, su redacción y contenido son cruciales, sobre todo porque de la validez del acuerdo arbitral depende que el arbitraje llegue a constituirse válidamente y que el laudo arbitral pueda ser reconocido y ejecutado.

En efecto, la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, obliga a los tribunales de los países firmantes a remitir a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, cuando exista un acuerdo de arbitraje; salvo que se compruebe que dicho acuerdo es “*nulo, ineficaz o inaplicable*”. Lo mismo dispone la Ley Modelo en su artículo 8 N°1, el cual se refiere al acuerdo “*nulo, ineficaz o de ejecución imposible*”.

Asimismo, de los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral que la Ley Modelo contempla en su artículo 36, varios dicen relación con problemas o defectos en el acuerdo de arbitraje. Así por ejemplo, dicho artículo dispone que se podrá denegar el reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral extranjero si el acuerdo de arbitraje “no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo” o si “el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje”. Estas mismas causales justifican a su vez la anulación de un laudo arbitral por parte del tribunal

³ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *Op. cit.*; p.262.

ordinario que corresponda en el país que haya servido de sede del arbitraje⁴.

En consecuencia, la existencia de defectos en las cláusulas arbitrales puede acarrear su ineficacia, provocar la nulidad del laudo arbitral o impedir su reconocimiento y ejecución.

2.3. Las cláusulas en blanco

Otro tipo de cláusulas problemáticas son las llamadas “Cláusulas en Blanco”, es decir, aquellas que no contienen ninguna indicación, ya sea directa o por referencia a reglas de arbitraje o a alguna institución arbitral, relativa al mecanismo de designación de los árbitros. El problema se presenta cuando tales cláusulas no contienen vinculación alguna al país cuyos tribunales deban designar al árbitro en caso de desacuerdo entre las partes. Un ejemplo de lo anterior sería una cláusula que estipulara que “cualquier controversia que pueda surgir en relación a la interpretación del presente contrato será resuelta por un tribunal arbitral con asiento en un país distinto del de cada parte”. En este caso, no es claro qué tribunal ordinario debiera resolver sobre la designación del árbitro

en caso que las partes no puedan ponerse de acuerdo.

2.4. Las cláusulas combinadas y la incorporación por referencia

La cláusula de arbitraje puede adolecer de otro tipo de problemas que afecten la claridad y la efectividad del acuerdo. Ese es el caso de las llamadas “Cláusulas Combinadas”, que son aquellas que otorgan jurisdicción tanto al tribunal arbitral como a los tribunales nacionales. El problema que genera este tipo de cláusulas viene dado por la poca claridad en relación a las materias o controversias que deben someterse a una u otra jurisdicción, pues quién decidirá en última instancia sobre la validez de dichas cláusulas será el tribunal estatal que corresponda.

Otro problema serio en torno a las llamadas “Cláusulas Combinadas”, se presenta cuando el acuerdo de arbitraje confiere a una de las partes la opción para decidir si someter la controversia a la justicia ordinaria o al arbitraje. La desigualdad que este tipo de cláusulas genera entre las partes ha hecho que se cuestione su validez⁵.

⁴ Artículo 34 de la Ley Modelo. A este respecto cabe hacer presente que algunas legislaciones han optado por limitar expresamente la posibilidad de anular un laudo arbitral derivada de defectos en el acuerdo de arbitraje, precisamente para evitar la impugnación oportunista del laudo por la parte que obtuvo una decisión desfavorable a sus intereses. Así por ejemplo, la nueva Ley Peruana de Arbitraje de 2008, dispone en su artículo 63 que la causal de anulación del laudo arbitral fundada en que el convenio arbitral es “*inexistente, nulo, anulable, inválido o ineficaz*”, sólo será procedente si el defecto que se invoca fue objeto de reclamo expreso en su momento ante el tribunal arbitral por la parte afectada y dicha alegación fue desestimada por éste.

⁵ El derecho francés está por la validez de estas cláusulas, y así lo demuestra un fallo de la Corte de Apelaciones de Anjers de 1972, confirmado por la Corte de Casación de Francia. Por el contrario, en el derecho alemán el *Bundesgerichtshof* declaró la nulidad de una cláusula que le daba la opción de elegir entre la justicia ordinaria y el arbitraje a la parte que había redactado el contrato. Ambos casos citados por FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y Berthold GOLDMAN. *Op. cit.*; pp. 268, 269.

Igualmente controvertidas resultan las cláusulas de arbitraje incorporadas por referencia a documentos pre-existentes, tales como contratos previos celebrados entre las partes o contratos marco, condiciones generales de contratación, etc. Con respecto a estas cláusulas se cuestiona si existe realmente un consentimiento de las partes específicamente en relación al acuerdo de arbitraje contenido en dichos documentos que no forman parte del contrato. Asimismo, podría argumentarse que este tipo de cláusulas no cumplen con el requisito que el acuerdo de arbitraje debe constar por escrito, establecido en una serie de leyes y estatutos sobre arbitraje internacional, y principalmente en la Convención de Nueva York (artículo II, párrafo 2).

Los tribunales superiores franceses tradicionalmente han aceptado la validez de estas cláusulas incorporadas por referencia sobre la base de una posición consensualista, es decir, si la parte contra la cual se invoca la cláusula de arbitraje no objetó en su momento el contenido del documento anexo en el cual ésta se contenía, se entiende que ha consentido implícitamente en obligarse por él⁶.

En Chile, recientemente un tribunal civil reconoció la validez de un acuerdo de arbitraje que no estaba incluido directamente en el contrato en cuestión, sino por referencia a un documento de condiciones generales, y que por lo demás era asimétrico, puesto que otorgaba a

una de las partes el derecho para decidir unilateralmente si sometía la controversia a arbitraje o a la justicia ordinaria⁷. Como consecuencia del reconocimiento de la validez de este acuerdo, y de conformidad a lo dispuesto por la Convención de Nueva York y por la Ley Chilena sobre Arbitraje Internacional, el tribunal aceptó la excepción de incompetencia opuesta por la demandada, remitiendo a las partes al arbitraje.

2.5. Interpretación de las cláusulas patológicas

Los tribunales chilenos –tanto nacionales como arbitrales– al verse enfrentados a la alegación de existir un acuerdo de arbitraje tienden en la mayoría de los casos a interpretar la cláusula respectiva de conformidad al *principio de la interpretación efectiva*, rescatando de este modo la voluntad original de las partes en el sentido que la controversia sea sometida al conocimiento y decisión de un tribunal arbitral. Es decir, por la vía de la interpretación, la jurisprudencia ha salvado la aplicación de la cláusula arbitral patológica siempre y cuando del contrato se desprenda la voluntad auténtica, inequívoca y coherente de las partes en orden a someter el conflicto actual o potencial a arbitraje.

En la jurisprudencia francesa encontramos igualmente múltiples casos en que, por la vía de la interpretación, se

⁶ FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *Op. cit.*; pp.274-280

⁷ Sentencia dictada con fecha 2 de noviembre de 2007, por el 21° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, en causa Rol N° 16.361-2006, caratulada “Provimin c/ Danfoss Nessie Water Hydraulics”.

ha salvado la validez y efectividad de las cláusulas patológicas⁸. En Estados Unidos puede apreciarse la misma tendencia, pues en general los tribunales han aplicado una política pro-arbitraje según la cual, cualquier duda en la interpretación de la intención de las partes debe resolverse de manera conducente al arbitraje. No obstante lo anterior, debe señalarse que ocasionalmente algunos tribunales han entendido que este tipo de defectos en las cláusulas patológicas son suficientes para invalidar el acuerdo de arbitraje⁹.

En Chile también se han suscitado controversias relativas a acuerdos de arbitraje patológicos, como es el caso de una cláusula arbitral contenida en un documento de Condiciones Especiales anexo a un Contrato de Compraventa celebrado entre una empresa chilena y un banco suizo, que establecía: “Este contrato será interpretado y exigible de acuerdo con la ley del Estado de Chile, y las partes se someten a la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Chile y de las Cortes del Estado de Chile”. El defecto de esta cláusula consiste en que la Cámara de Comercio de Chile no tiene una institución arbitral, por lo tanto es discutible si la cláusula puede

interpretarse como referida a la Cámara de Comercio de Santiago, la que sí cuenta con un Centro de Arbitraje y Mediación, de hecho, el centro más activo de arbitraje institucional en Chile. Para interpretar la cláusula en dicho sentido, de conformidad al principio de la interpretación de buena fe, la voluntad real de las partes debe ser clara e inequívoca en cuanto a querer efectivamente someter la controversia a arbitraje, y esta determinación normalmente quedará entregada a los tribunales nacionales.

En este sentido, los tribunales chilenos, siguiendo la tendencia internacional, han adoptado una posición pro-arbitraje bajo el auspicio de la jurisprudencia más reciente de la Corte Suprema, la cual se ha demostrado muy renuente a rechazar la ejecución de laudos arbitrales internacionales. Esta posición pro-arbitraje, coherente con la intención de Chile de convertirse en un centro regional de arbitraje comercial internacional, también puede apreciarse en la interpretación liberal que se ha hecho de ciertas cláusulas de arbitraje conflictivas o controversiales.

En un caso reciente, durante un procedimiento de exequátur, la Corte

⁸ Así por ejemplo, en el Caso No. 5103 de la CCI, se sostuvo que una cláusula que se refería a la inexistente “Sección Internacional de la Cámara de Comercio de París”, debía ser interpretada como una referencia válida a la Cámara de Comercio Internacional. De manera similar, el laudo en el Caso No. 41/92 de 1993 dictado por un tribunal arbitral constituido bajo el auspicio de la Asociación Italiana de Arbitraje sostuvo que sí tenía jurisdicción sobre una controversia surgida de un contrato que hacía referencia a la “Asociación de Arbitraje Comercial de Italia”. Casos citados por FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *Op. cit.*; pp. 264 y 265.

⁹ Ver CA Grenoble, 24 de Enero, 1996, “Harper Robinson vs. Société Internationale de Maintenance et de Réalisation Industrielles,” en que el tribunal interpretó que la cláusula que se refería a “La Corte Internacional de Arbitraje de La Haya” no podría asimilarse a “La Corte Permanente de Arbitraje de La Haya”. Caso citado por FOUCHARD, Philippe; GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *Op. cit.*; p. 266.

Suprema rechazó la oposición deducida por la parte contra la cual se estaba invocando un laudo arbitral dictado en Brasil, oposición que se fundaba, entre otras cosas, en los defectos que a su juicio viciaban de nulidad la cláusula arbitral¹⁰. En este caso, una empresa chilena había celebrado un contrato con una empresa brasilera, cuya cláusula sexta establecía que “cualquier disputa, diferencia, controversia o reclamación originada o relativa a este Contrato que no pueda ser solucionada amistosamente entre las partes, será remitida al arbitraje de equidad y de derecho de los organismos brasileños en Capital de Sao Paulo”. La empresa chilena, al ser requerida por su contraparte, se negó a constituir el tribunal arbitral, por lo que la compañía brasilera inició una acción de ejecución de la cláusula compromisoria ante un tribunal ordinario de Sao Paulo. En dicho procedimiento, la demandada alegó la nulidad del acuerdo de arbitraje atendida su falta de precisión y ambigüedad, puesto que a su juicio la expresión “arbitraje de equidad y de derecho” era contradictoria, imprecisa y absurda, no pudiendo determinarse la naturaleza del arbitraje. Además de lo anterior, la cláusula establecía que el arbitraje se llevaría ante los “organismos brasileños de Sao Paulo”, lo que hacía aún más ambigua la cláusula, y consiguientemente nula. El tribunal ordinario desestimó las alegaciones de la demandada, estableciendo que la cláusula de arbitraje era válida, y ante el silencio de las partes, procedió a regular la forma

en que se desarrollaría el arbitraje de conformidad a la ley brasilera.

El laudo dictado en Brasil por el tribunal arbitral debía ser ejecutado en Chile, país de la demandada, por lo que la demandante solicitó el exequátur ante la Corte Suprema. En este procedimiento, la demandada volvió a alegar la nulidad del acuerdo de arbitraje como causal para rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo arbitral, de conformidad al artículo 36 N°1 letra a) párrafo i) de la Ley Chilena de Arbitraje Internacional, pero esta alegación fue nuevamente desestimada por la Corte bajo la consideración de que dichos argumentos ya habían sido esgrimidos ante el tribunal brasileño y rechazados por éste, sin que existiera una sentencia ejecutoriada declarando la nulidad de la cláusula, por lo que no era procedente acoger la alegación de nulidad planteada en el exequátur. Más interesante aún resulta el informe de la Sra. Fiscal Judicial de la Corte Suprema, quien sostuvo que “a juicio de la informante las ambigüedades contenidas en una cláusula arbitral contenida en un contrato no acarrea su nulidad sino que obligan a su interpretación de acuerdo a los artículos 1560 y siguientes del Código Civil (...)”, artículos que se refieren precisamente a las reglas de interpretación de los contratos, y que son una concreción de los principios de interpretación de buena fe, interpretación efectiva e interpretación *contra proferentem*. Es decir, la recomendación de la Fiscal ante

¹⁰ Sentencia dictada con fecha 15 de septiembre de 2008, por la Primera Sala de la E. Corte Suprema, en causa Rol 6.615-2007, “Gold Nutrition Industria e Comercio Ltda. c/ Laboratorios Garden House S.A.”

los posibles defectos de la cláusula, fue la de proceder a la interpretación de la cláusula arbitral de modo que ésta pudiera producir algún efecto antes que decretar su nulidad.

Este tema es importante ya que, como ya dijimos, si el acuerdo de arbitraje no cumple con los requisitos de forma, entonces la parte que rehúse someterse al arbitraje aprovechará esa deficiencia a su favor, oponiendo una excepción de incompetencia del tribunal arbitral, pudiendo incluso anular un laudo arbitral o impedir que éste se ejecute en el país extranjero. En efecto, la posibilidad de que se frustre la ejecución del laudo arbitral es un factor importantísimo a considerar a la hora de decidir si se perseguirá la ejecución del acuerdo de arbitraje patológico o bien se renunciará al arbitraje. Así, por citar un ejemplo reciente, en un contrato celebrado entre una empresa australiana y otra chilena dedicada al rubro metalúrgico, se estableció que todas las controversias derivadas del contrato se someterían a la jurisdicción de la Cámara de Comercio de Chile, la cual como ya explicamos no cuenta con una institución arbitral. Al surgir la controversia, la parte chilena propuso a su contraparte iniciar el arbitraje ante el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, pero la empresa australiana se negó a hacerlo, amenazando con impedir la ejecución del eventual laudo arbitral en Australia, mediante la alegación de nulidad del acuerdo arbitral. Enfrentada a la posibilidad de perder tiempo y recursos en un juicio arbitral cuyo laudo podría no ser ejecutable, la empresa chilena decidió renunciar al arbitraje y someter la controversia a los tribunales nacionales.

Las cláusulas patológicas que no puedan ser salvadas por la vía interpretativa serán la mayoría de las veces inaplicables, cuando no derechamente nulas, de ahí la importancia de una buena redacción del acuerdo arbitral. En el mejor de los casos, los defectos contenidos en las cláusulas patológicas darán lugar a litigios adicionales y pérdida de tiempo y de recursos, lo cual obviamente anula el propósito perseguido por las partes al establecer la cláusula de arbitraje.

2.6. Tendencias recientes

La tendencia actual se mueve hacia la liberalización de los requisitos de forma que rigen el acuerdo de arbitraje internacional, y un ejemplo de esta tendencia son las modificaciones introducidas en el año 2006 por la UNCITRAL a la Ley Modelo de 1985, y específicamente a su artículo 7, titulado “Definición y forma del acuerdo de arbitraje”. En dicho artículo, se establecen dos definiciones optativas del acuerdo de arbitraje; la primera incluye una regulación más moderna y amplia de la forma que éste debe adoptar, y la segunda no hace referencia alguna a requisitos de forma. La innovación introducida en la primera opción consiste en que se conserva el requisito de escrituración contenido en la redacción original, pero se amplía el contenido del concepto a todo otro medio que “*deje constancia de su contenido en cualquier forma*”. Así, se incluyen explícitamente todas las formas de comunicación electrónica, siempre y cuando la información en ellas consignada sea accesible para su posterior consulta. Consistente con lo anterior, UNCITRAL también aprobó en

su 39º periodo de sesiones, celebrado en 2006, una recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, en la cual se insta a los Estados que apliquen dicho párrafo reconociendo que las descripción en él contenida no es taxativa.

Esta tendencia internacional parece no haber tenido una acogida demasiado cálida en los países de Latinoamérica, pues todavía rigen en la región tratados y leyes que no han adoptado estas innovaciones, salvo quizás el caso del Perú, cuya nueva Ley de Arbitraje, de enfoque moderno y liberal, ha adoptado al pie de la letra las modificaciones propuestas por UNCITRAL en lo que respecta a los requisitos de forma del acuerdo arbitral. A excepción de Perú, aún subsisten en la región acuerdos internacionales con una regulación bastante más estricta del acuerdo de arbitraje y sus requisitos de forma. Así por ejemplo, podemos citar el Acuerdo sobre Arbitraje Comercial Internacional suscrito en Buenos Aires, el 23 de julio de 1998 por los países miembros del MERCOSUR, la República de Bolivia y la República de Chile, cuyo artículo 4 contiene una regulación del acuerdo de arbitraje bastante conservadora, al establecer que: “La convención arbitral dará un tratamiento equitativo y no abusivo a los contratantes, en especial en los contratos de adhesión, y será pactada de buena fe” y “La convención arbitral inserta en un contrato deberá ser

claramente legible y estar ubicada en un lugar razonablemente destacado”.

La primera de estas exigencias, relativa al trato equitativo entre las partes, pareciera afectar, o por lo menos cuestionar la validez de lo las llamadas “cláusulas combinadas”, que otorgan a una de las partes la facultad para decidir si someter una controversia a arbitraje o a la justicia ordinaria. Esta opción de la que gozaría una de las partes podría ser interpretada como una fuente de desigualdad entre los co-contratantes, que atentaría contra el principio del trato equitativo contenido en el Acuerdo del MERCOSUR al que nos referimos, determinando eventualmente la nulidad del acuerdo de arbitraje. En Chile, como ya hemos dicho, se suscitó un caso en que un tribunal ordinario expresamente reconoció la validez de una cláusula combinada¹¹.

La segunda exigencia relativa a que el acuerdo de arbitraje se ubique en un lugar razonablemente destacado del contrato lleva a preguntarse si bajo el Acuerdo del MERCOSUR podría sostenerse la validez de las cláusulas arbitrales incorporadas al contrato por referencia a otros documentos, ya que en estos casos, en el contrato mismo probablemente no habrá ninguna referencia explícita, y menos aún destacada, al acuerdo de arbitraje contenido en otro documento al cual las partes hacen alusión. En el mismo caso citado en el párrafo anterior, la cláusula, además de ser asimétrica,

¹¹ Sentencia dictada con fecha 2 de noviembre de 2007, por el 21º Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, en causa Rol N° 16.361-2006, caratulada “Provimin c/ Danfoss Nessie Water Hydraulics”.

estaba establecida en un documento de condiciones generales anexo al contrato de distribución, lo cual no fue obstáculo para que el tribunal, aplicando la Ley Chilena de Arbitraje, de corte más liberal que el Acuerdo del MERCOSUR, le reconociera validez a la cláusula arbitral sobre la base de que las condiciones generales formaban parte del contrato de distribución.

3. LA OBLIGACIÓN DE LAS PARTES DE SOMETER LA CONTROVERSIA A ARBITRAJE

Otro aspecto que ha generado abundante jurisprudencia en relación con los acuerdos de arbitraje es la posibilidad real de obtener su ejecución material o *in natura* en caso que una de las partes se resista a someterse al arbitraje.

3.1. Cumplimiento material o *in natura* de la obligación de arbitrar

La obligación de someter a arbitraje las controversias cubiertas por el acuerdo de arbitraje es una aplicación directa del principio "*pacta sunt servanda*": las partes quedan obligadas por los convenios que celebran. Ahora bien, no serviría de mucho que en caso que una de las partes se resistiera a cumplir con el acuerdo de arbitraje, la única solución aplicable fuera una indemnización de perjuicios, de difícil determinación. Por el contrario, debe ser posible obtener el cumplimiento material del acuerdo de arbitraje compeliendo a la

parte rebelde a someterse a la jurisdicción del tribunal arbitral. Así, la mayoría de los sistemas legales contemplan mecanismos para minimizar los efectos negativos del comportamiento oportunista de la parte que habiendo suscrito un acuerdo de arbitraje, más tarde se niega a participar en el procedimiento arbitral.

3.2. Formas de obtener el cumplimiento del acuerdo de arbitraje en Chile

3.2.1. La excepción de arbitraje

En el caso de Chile, tanto la Ley de Arbitraje Internacional como la Convención de Nueva York obligan a los tribunales nacionales a remitir a las partes al arbitraje, previa solicitud de la parte interesada para que se cumpla el acuerdo de arbitraje, siempre y cuando no se compruebe la invalidez, ineficacia o inaplicabilidad de la cláusula de arbitraje¹².

Asimismo, en un caso de arbitraje doméstico, la Corte de Apelaciones de Punta Arenas sostuvo que "son dos los efectos de la cláusula compromisoria: a) deroga la jurisdicción de los tribunales ordinarios respecto de los asuntos comprometidos en ella, y b) determina en cuanto a estas materias la competencia exclusiva de tribunales arbitrales y crea para sus estipulantes la obligación de nombrar árbitros cuando sea necesario, vale decir, las partes quedan obligadas a constituir el tribunal que debe ejercer esa jurisdicción (...) Desde este punto

¹² Convención de Nueva York, artículo II (3); Ley Chilena de Arbitraje, artículo 8.

de vista esta Corte estima que procede la ejecución forzada de la obligación de nombrar árbitros”¹³.

Esta es la llamada “excepción de arbitraje”, que debe ser interpuesta a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio. Gran parte de la doctrina chilena considera que la excepción de arbitraje, en el fondo una excepción por falta de jurisdicción, debe oponerse como excepción dilatoria, y consecuentemente debe ser resuelta por el tribunal ordinario *in limine*, sin tener que esperar a un largo proceso para decidir años después que el tribunal carecía de jurisdicción para conocer del asunto en virtud de existir un convenio arbitral.

A pesar de esto, en Chile la jurisprudencia mayoritaria ha sostenido que la

excepción de falta de jurisdicción es una excepción perentoria o de fondo, y por lo tanto, debe ser resuelta en definitiva, con el consecuente gasto de recursos y de tiempo que ello conlleva, frustrando por completo la voluntad de las partes en orden a someter sus controversias a arbitraje¹⁴. Para evitar tal retardo, es frecuente que la demandada opte por promover la excepción de incompetencia, que sí está específicamente regulada como una excepción dilatoria. Es más, en un fallo reciente la I. Corte de Apelaciones de Santiago, sostuvo que “la parte recurrente fue la que alegó la incompetencia, bajo la errada fórmula por cierto de estimar que habría falta de jurisdicción, pero que se fundó en el hecho de haberse sometido a compromiso los hechos que motivan la acción deducida en autos”¹⁵. En el caso en cuestión, la parte

¹³ Considerando Octavo de la sentencia dictada con fecha 6 de marzo de 2008, por la I. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, en causa Rol 211-2007, caratulada “Administradora Zona Franca de Punta Arenas c/ Fisco de Chile”.

¹⁴ Con respecto a la excepción de falta de jurisdicción, la Corte Suprema de Chile ha sostenido que ésta es de naturaleza perentoria: “De este modo la excepción de falta de jurisdicción se traduce en que ningún juez en Chile puede conocer del asunto y por tanto el mismo queda definitivamente fuera de la órbita de los tribunales de Justicia del país. Que siendo así, la excepción que se viene señalando, opuesta en un juicio, tiene evidentemente por objeto enervar la pretensión -acción- que se ha hecho valer en un pleito y no simplemente corregir un vicio o error en su tramitación. Desde este punto de vista es una excepción perentoria y jamás dilatoria. Procesalmente no es posible confundirla con la excepción de incompetencia, que sólo persigue que el tribunal determinado no puede conocer del asunto, pero siempre existirá otro que pueda hacerlo”. Considerando Segundo y Tercero de la sentencia dictada con fecha 16 de julio de 2001, por la E. Corte Suprema, en causa Rol 3.128-2000, caratulada “Chamorro Flores, Eduardo y otros c/ Chamorro Flores, Silvia”.

¹⁵ Considerando Quinto de la sentencia dictada con fecha 1 de septiembre de 2009, por la Sexta Sala de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, en causa Rol 1.405-2008, caratulada “Vielma Esturillo, Daniela c/ Agua Buena S.A.”. En el mismo sentido se pronuncia la Quinta Sala, en fallo dictado con fecha 9 de abril de 2009, en causa Rol 5.821-2006, caratulada “Club Palestino c/ Mantención y Reparación de Vehículos Ltda.”: “Que, además, establecida la existencia del contrato de arrendamiento y sus estipulaciones, es obligación de las partes someterse a ellas, de lo cual se concluye que corresponde acoger el incidente de incompetencia absoluta del tribunal, debiendo las partes dar cumplimiento a lo dispuesto en el contrato de arrendamiento solicitando la designación de un árbitro arbitrador, como lo dispone la citada cláusula décimo séptima”.

demandada consideró que procedía oponer la excepción “perentoria” de falta de jurisdicción en virtud de existir un acuerdo de arbitraje entre las partes, y esta excepción fue acogida por el tribunal de primera instancia. La Corte de Apelaciones confirmó esta decisión del tribunal *a quo*, pero precisó que el tribunal debía de abstenerse de seguir conociendo de la causa en razón de carecer de competencia, puesto que las partes habían pactado el arbitraje, pero no por carecer de jurisdicción. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, sosteniendo que “del examen de los antecedentes se desprende que la demandada nunca reclamó de la incompetencia absoluta, en razón de existir una cláusula compromisoria o compromiso con respecto de la cuestión debatida y por lo tanto, aceptó que el asunto era de competencia de los tribunales ordinarios”¹⁶. Asimismo, como ya hemos visto, en un caso reciente un tribunal de Santiago acogió *in limine* la excepción de incompetencia planteada por una de las demandadas fundado en la existencia de un acuerdo de arbitraje¹⁷.

3.2.2. El incidente de nulidad de todo lo obrado

Además de la excepción de arbitraje, el demandado ante un tribunal nacional en Chile también puede promover un

incidente de nulidad de todo lo obrado por incompetencia del tribunal, para lo cual debe demostrar la existencia de un acuerdo de arbitraje. Así por ejemplo, la Corte Suprema de Chile rechazó en el año 2008 un recurso de casación en el fondo deducido por una empresa chilena que había demandado a su contraparte italiana ante un tribunal ordinario de Antofagasta. En este caso, la empresa italiana demandada promovió un incidente de nulidad de todo lo obrado por incompetencia del tribunal, invocando la existencia de un acuerdo arbitral que establecía que los eventuales litigios que pudieran surgir entre las partes serían sometidos a un tribunal arbitral italiano. El tribunal de primera instancia acogió el incidente de nulidad poniendo término al juicio, resolución que fue apelada por la demandante, y confirmada por la Corte de Apelaciones de Antofagasta. En contra de dicha resolución se recurrió de casación en el fondo alegando que el convenio arbitral era nulo por contravenir el derecho público chileno, alegación que fue rechazada por la Corte Suprema confirmando de este modo que las partes debían ser remitidas al arbitraje.

3.2.3. Medidas cautelares

En un caso reciente, un tribunal arbitral con asiento en Chile concedió una medida cautelar para asegurar las

¹⁶ Considerando Quinto N° 4 de la sentencia dictada con fecha 22 de enero de 2009, por la Primera Sala de la E. Corte Suprema, en causa Rol 6.722-2007, Villegas García, Judit c/ Sociedad Inmobiliaria Puerto Nuevo Ltda.

¹⁷ Sentencia dictada con fecha 2 de noviembre de 2007, por el 21° Juzgado de Letras en lo Civil de Santiago, en causa Rol N° 16.361-2006, caratulada “Provimin c/ Danfoss Nessie Water Hydraulics”.

resultas del proceso, ordenándole a una de las partes no seguir acciones legales fuera del arbitraje. En dicho caso, una compañía vitivinícola chilena había dispuesto la terminación de un contrato de distribución con un distribuidor centroamericano. A pesar de que en el contrato se había establecido un acuerdo de arbitraje, bajo el cual cualquier controversia sería sometida a arbitraje en Chile, el distribuidor interpuso una acción judicial por indemnización de perjuicios ante los tribunales de su país, argumentando que la cláusula de arbitraje se entendía sin perjuicio del derecho a obtener protección judicial, consagrado en la legislación local. La compañía chilena inició el proceso arbitral en Chile y solicitó al tribunal arbitral la dictación de una medida cautelar que ordenara a la demandada no seguir adelante con ningún procedimiento judicial fuera del arbitraje. El tribunal arbitral concedió la medida solicitada por la demandante, con expresa referencia al artículo 17 de la Ley Chilena de Arbitraje¹⁸. En este caso, resulta aplicable la doctrina sostenida por los tribunales franceses en el sentido que la voluntad de las partes expresada en el acuerdo de arbitraje prevalece por sobre los privilegios e inmunidades jurisdiccionales de que pudiera gozar una de las partes, los cuales se entienden renunciados tácitamente¹⁹.

4. CONCLUSIÓN

No cabe duda que el arbitraje comercial internacional se ha convertido en el principal mecanismo de resolución de controversias derivadas de la contratación mercantil internacional, potenciado por una parte por sus múltiples beneficios (rapidez, transparencia, imparcialidad, especialización, confidencialidad, etc.), y por la otra por las dificultades y desconfianzas que presenta el juzgamiento de las disputas por los tribunales domésticos del país de una de las partes. Es en este contexto que el acuerdo arbitral adquiere más importancia que nunca, ya que las partes de un contrato internacional suelen ser sofisticadas, los montos involucrados altos, y las consecuencias de equivocarse costosas.

En estas circunstancias, el acuerdo de arbitraje ya no puede seguir siendo una cláusula irrelevante del contrato, redactada muchas veces a la rápida, entre gallos y medianoche, sin mayor elaboración o discusión. Por el contrario, debe ponerse especial énfasis y atención en la redacción del acuerdo arbitral, ya que de él dependerá que las controversias que surjan o puedan surgir entre las partes sean efectivamente resueltas por un tribunal arbitral, como era la intención original de las partes al momento de celebrar el contrato.

¹⁸ CAM Santiago, Caso N° 1136-09, 22 de diciembre de 2009.

¹⁹ El artículo 14 del Código Civil francés dispone que: "Aunque no resida en Francia, el extranjero podrá ser citado ante los tribunales franceses para el cumplimiento de las obligaciones por él contraídas en Francia con un francés; podrá ser demandado ante los tribunales de Francia por las obligaciones contraídas por él en país extranjero a favor de franceses". El artículo 15 del mismo código dispone que: "Un francés podrá ser demandado ante un tribunal de Francia por las obligaciones contraídas por él en un país extranjero, incluso respecto de un extranjero".

Un acuerdo de arbitraje mal redactado, en el mejor de los casos, puede ser salvado por la vía de la interpretación (lo que de todas maneras requerirá la intervención de un tribunal doméstico), dando lugar al juicio arbitral. Pero de no ser así, los errores u omisiones en que se incurra darán lugar a la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del acuerdo arbitral y el irremediable sometimiento de la controversia a la justicia ordinaria, precisamente aquello que las partes trataron de evitar.

Pero no sólo un acuerdo de arbitraje viciado obsta a la normal constitución y desarrollo del arbitraje, ya que el cumplimiento efectivo del acuerdo arbitral, como ya vimos, también depen-

de en gran medida de que los tribunales nacionales respeten la voluntad original de las partes expresada en el acuerdo arbitral, y deriven a las partes al arbitraje sin más trámite, bastando para ello la solicitud oportuna hecha por la parte demandada, y suponiendo además que se acredite la existencia de un convenio de arbitraje válido. En Chile, la jurisprudencia más reciente ha reafirmado la tesis de que la excepción de arbitraje debe ser resuelta *in limine*, remitiendo a las partes al arbitraje. Es de esperar que bajo la vigencia de la nueva Ley Chilena de Arbitraje aumenten los casos que confirmen esta nueva tendencia tan esperada por la comunidad académica y profesional de nuestro país.

EL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEY CHILENA: SU NATURALEZA, REQUISITOS Y EFECTOS

GONZALO FERNÁNDEZ RUIZ (*)

SUMARIO: 1. *El arbitraje en Chile: Normativa aplicable, definiciones y alcance.* 2. *El acuerdo arbitral en cuanto contrato.* 2.1. *Naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria y del compromiso.* 2.2. *Requisitos comunes a todo contrato.* 2.2.1. *Capacidad.* 2.2.2. *Consentimiento.* 2.2.3. *Formalidades.* 2.2.4. *Objeto.* 2.2.4.1. *Validez de la cláusula de someterse a jurisdicción arbitral extranjera.* 2.3. *Requisitos facultativos propios del acuerdo arbitral.* 2.4. *Obligaciones que emanan del acuerdo arbitral.* 2.4.1. *Obligación de no hacer.* 2.4.2. *Obligación de hacer.* 2.4.3. *Obligación de dar.* 3. *Consideraciones finales.*

1. EL ARBITRAJE EN CHILE: NORMATIVA APLICABLE, DEFINICIONES Y ALCANCE

El sistema jurídico chileno regula dos tipos de arbitraje: el arbitraje doméstico y el arbitraje comercial internacional. En este artículo nos referiremos al acuerdo arbitral en ambos, haciendo especial énfasis en la regulación propia del arbitraje comercial internacional.

En cuanto a la normativa que regula esta última clase de arbitraje, la regulación más importante es la Ley N° 19.971, sobre Arbitraje Comercial Internacional,

vigente desde el 29 de septiembre de 2004 y que se encuentra basada en la Ley Modelo de CNUDMI. Esta ley contiene características y principios del esquema de arbitraje moderno, tales como autonomía de las partes, flexibilidad procedimental y limitada intervención de los tribunales ordinarios de justicia.

A su vez, el arbitraje doméstico se encuentra regulado principalmente por el Código de Procedimiento Civil y por el Código Orgánico de Tribunales. Ambas normas contienen a su vez disposiciones que por considerarse de orden público pueden entenderse aplicables al arbitraje comercial internacional.

(*) Socio a cargo del Grupo Judicial de Carey y Cía. Ltda.; Profesor de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

Las reglas anteriores deben ser complementadas con la jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, la que ha ido interpretando y delineando su verdadero alcance, mostrándose gradual y consistentemente proclive a reconocer la jurisdicción extranjera y el arbitraje internacional.

Por otro lado, en cuanto a las *fuentes* del arbitraje, cabe señalar en primer lugar que la obligación de someter una determinada controversia a arbitraje encuentra su origen ya sea en la ley o en la convención o acuerdo arbitral. Esta última, que nos interesa para efectos de este artículo, corresponde al acuerdo por el cual, las partes sustraen un determinado asunto contencioso de las jurisdicciones ordinarias determinando a su respecto la competencia de los jueces árbitros¹.

Según la doctrina y jurisprudencia, el acuerdo arbitral puede tomar la forma de compromiso o de cláusula compromisoria. En Chile, la ley no se ha pronunciado respecto del acuerdo arbitral en ninguna de sus formas, salvo la Ley N° 19.971 en su artículo 7°.

Así entonces, conceptos como los descritos son una construcción principalmente doctrinaria y jurisprudencial. En este sentido, AYLWIN define la cláusula compromisoria como aquel “contrato mediante el cual las partes sustraen determinados asuntos litigiosos, presentes o futuros, al conocimiento de

las jurisdicciones ordinarias y los someten a juicio arbitral, obligándose a nombrar árbitros en un acto posterior”². A su vez, el compromiso ha sido definido como “el convenio conforme al cual, las partes especifican concretamente las cuestiones que someten al arbitraje, designan a los árbitros o amigables componedores y determinan, eventualmente, ciertos requisitos del proceso arbitral”³. De este modo, la principal diferencia entre ambos radica en que la cláusula compromisoria, a diferencia del compromiso, no especifica concretamente las materias sometidas a arbitraje ni designa el o los árbitros que conocerán del asunto.

2. EL ACUERDO ARBITRAL EN CUANTO CONTRATO

2.1. Naturaleza jurídica de la cláusula compromisoria y del compromiso

En la actualidad, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia existe amplio consenso respecto de la naturaleza jurídica contractual de la cláusula compromisoria y del compromiso.

En este sentido, respecto de la cláusula compromisoria, debe distinguirse según la oportunidad e instrumento que contenga dicha cláusula, ya que puede ser incorporada a un contrato o bien constituir un pacto compromisorio autónomo. En este último caso, cabe señalar que gran

¹ AYLWIN AZÓCAR, Patricio. *El Juicio Arbitral*. Quinta Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 189.

² AYLWIN AZÓCAR, Patricio. *Op. cit.*; p. 301

³ PALACIO, Lino Enrique. *Derecho Procesal Civil. Procesos Arbitrales y Universales*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1956, p. 54.

parte de la doctrina estima que *no* es un contrato preparatorio ni *tampoco* es un antecedente del compromiso⁴, sino que es en sí misma, un negocio jurídico procesal que crea obligaciones para las partes, esto es, un contrato en el cual los co-contratantes acuerdan, simplemente, someter controversias actuales o futuras a la justicia arbitral. Así entonces, la índole jurídica de la cláusula compromisoria difiere de la del contrato del que surge la relación entre las partes.

En cuanto al compromiso, la doctrina también está conteste en el sentido de que es un contrato. De hecho, y en atención a sus efectos, en la actualidad sólo se discute respecto de si es un acuerdo de derecho público⁵⁻⁶ o de derecho privado.

Por su parte, la jurisprudencia también ha ratificado que ambas figuras son contratos. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago en “Calzados La Florida Limitada con Calzados Crillón Limitada” señaló que “el pacto de arbitraje, sea bajo la forma de compromiso o de cláusula compromisoria, constituye un contrato autónomo e independiente, en que las partes acuerdan sustraer determinadas materias del conocimiento

de la jurisdicción para someterlas a un juicio arbitral. Dicho pacto es en sí un contrato perfecto, si se han designado los árbitros, será compromiso, y si falta su nominación, cláusula compromisoria en que se contrae la obligación de efectuar esa designación. Por tanto, la existencia de la convención arbitral no está condicionada a la vigencia o subsistencia de un contrato en particular, aún cuando la materia que se somete a arbitraje diga relación con otro negocio jurídico entre las partes”⁷.

En la misma línea del fallo citado, REDENTI plantea que “es principio hoy unánimemente aceptado que la cláusula tiene una individualidad propia y no debe ser considerada como un pacto accesorio inseparable, en sus suertes, del contrato principal”⁸.

Como consecuencia de lo anterior, nace el *principio de separabilidad del acuerdo arbitral*, en virtud del cual, la declaración de nulidad del contrato por parte del tribunal arbitral, no implica, *ipso iure*, la nulidad del acuerdo arbitral, sea que se haya pactado en una cláusula del contrato en cuestión o que se haya pactado en un acuerdo independiente.

⁴ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Arbitraje en Chile. Análisis crítico de su normativa y jurisprudencia*. Santiago: Legal Publishing, 2009, pp. 281 y ss.

⁵ PEREIRA ANABALÓN, Hugo. “Competencia del árbitro arbitrador para conocer de una demanda declarativa de nulidad de una cláusula compromisoria”. En: *Gaceta Jurídica*, N° 187. Santiago: Editorial Libromar, 1996, p. 7.

⁶ ABELIUK MANASEVICH, René. *El arbitraje y las obligaciones de las partes y del árbitro. Estudios de Arbitraje. Libro de Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 42.

⁷ ÍLTM. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, en autos caratulados “Calzados La Florida Limitada con Calzados Crillón Limitada”, de fecha 28 de mayo de 1980.

⁸ REDENTI, Enrico. “El compromiso y la cláusula compromisoria”. Traducción de Santiago Sentís Melendo. En: *Breviarios de Derecho*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1961, p. 97.

En consecuencia, la nulidad del acuerdo arbitral siempre requerirá de declaración expresa.

Finalmente, previo a realizar un análisis detallado de los requisitos y efectos del acuerdo arbitral, es importante determinar cuál es la ley que se le aplica. Para ello, resulta esencial diferenciar la ley que se aplica al fondo del litigio de la ley que se deberá aplicar al convenio arbitral mismo.

En este sentido, un primer acercamiento a esta materia nos lleva a preguntarnos si corresponde aplicar las normas de derecho sustantivo o de derecho adjetivo al acuerdo arbitral, sea éste para arbitraje doméstico o comercial internacional. En relación a este punto, cabe señalar que el acuerdo arbitral es un acto jurídicamente complejo, puesto que se configura como un *contrato* pero que, a diferencia de la gran mayoría de los contratos, produce *efectos procesales*. Así entonces, corresponde diferenciar lo que son los requisitos de fondo del convenio arbitral de aquellos requeridos para su ejecución, puesto que en el primer caso deben aplicarse necesariamente normas de *derecho sustantivo*, mientras que puede entenderse que para su cumplimiento se aplicarán normas de *derecho adjetivo*. Como señala FERNÁNDEZ, “estas especiales características del convenio arbitral permiten a cierto sector doctrinal afirmar una doble naturaleza material y procesal en este instrumento cuyo objeto, de carácter procesal, no suele suscitar

especiales controversias; no obstante, al ser fruto de la voluntad de las partes que se vinculan recíprocamente, su existencia y validez intrínseca plantea problemas similares a los de cualquier acuerdo o cláusula contractual (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.) y les son aplicables las reglas sobre contrato”⁹.

Por otro lado, respecto de la validez del acuerdo arbitral para el arbitraje comercial internacional y considerando la conclusión formulada en el párrafo precedente, cabe preguntarse qué normas deberemos aplicar o, dicho de otro modo, *qué ordenamiento jurídico será aplicable*. En relación a este punto, cabe señalar que se ha planteado que al momento de analizar la validez del convenio arbitral debe aplicarse la ley sustantiva que las partes hayan acordado o, en su silencio, aquella correspondiente a la *sede del arbitraje*. Lo anterior se ve confirmado por los artículos 34° y 36° de la Ley N° 19.971, que establecen que deberá acogerse la petición de nulidad o negarse el reconocimiento o la ejecución del laudo, respectivamente, si el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley a que las partes lo hubiesen sometido o, si nada se hubiere indicado, en virtud de la ley del país en que se haya dictado el laudo.

A este respecto, cabe tener presente que la Ley N° 19.971 sólo se aplica si el lugar del arbitraje se encuentra en el

⁹ FERNÁNDEZ, José Carlos. “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”, citado por PICAND, Eduardo. *Estudios de Arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 701.

territorio nacional¹⁰. En este sentido, MEREMINSKAYA concluye que: “una interpretación sistemática de la LMA [Ley Modelo de Arbitraje] exige concluir que ese mismo ordenamiento [de la sede del arbitraje] se deberá aplicar también en la etapa previa al procedimiento arbitral. Por lo tanto, en el contexto del artículo 8°(1) de la LMA la validez del acuerdo se determina según la ley específicamente designada por las partes para tal propósito o, en subsidio, según la normativa del país sede del arbitraje”¹¹.

A continuación, analizaremos los requisitos del acuerdo arbitral exigidos en virtud del derecho sustantivo, para posteriormente referirnos a sus efectos eminentemente procesales.

2.2. Requisitos comunes a todo contrato

2.1.1. Capacidad

En primer lugar, cabe señalar que en Chile no existe regla especial respecto de la capacidad necesaria para celebrar un convenio arbitral, por lo que podemos concluir que basta la capacidad necesaria para celebrar actos y contratos.

De este modo, el acuerdo arbitral requiere que las partes que concurren a su celebración sean legalmente capaces. En nuestro ordenamiento jurídico, la capacidad constituye la regla, y la incapacidad es la excepción. En efecto, conforme señala el artículo 1446° del Código Civil, toda persona es legalmente capaz, salvo aquellos que la ley ha declarado expresamente como incapaces¹².

Cabe señalar que para efectos del acuerdo arbitral también se entiende como incapaz relativo al fallido, en virtud de lo establecido en el artículo 64° de la Ley de Quiebras. En este sentido, tras la declaración de quiebra se produce el desasimiento, radicándose en el síndico la administración y disposición de los bienes comprendidos en la masa. Así entonces, y considerando que la celebración de un acuerdo arbitral no puede estimarse, como señala AYLWIN, un acto conservativo, el fallido se encuentra impedido de comprometer los bienes de la masa¹³.

Por su parte, la ley de arbitraje comercial internacional no contempla regla alguna en esta materia.

¹⁰ Según establece el artículo 1 N° 2 de la Ley N° 19.971, la ley se aplicará únicamente si la sede del arbitraje se encuentra en territorio nacional salvo lo dispuesto en los artículos 8, 9, 35 y 36, esto es, respecto de la demanda presentada ante tribunal ordinario, medidas cautelares provisionales, reconocimiento y ejecución del laudo.

¹¹ MEREMINSKAYA, Elina. “Validez y ejecutabilidad del acuerdo de arbitraje comercial internacional”. En: *Revista de Derecho de la Empresa*, N° 7. Santiago: Legis Editores, 2006, p. 163 y ss.

¹² Por un lado, son incapaces absolutos los dementes, impúberes y sordomudos que no pueden darse a entender claramente. Por el otro, son incapaces relativos los disipadores declarados en interdicción y los menores adultos, que corresponden a los hombres mayores de 14 años y mujeres mayores de 12 años que aún no son legalmente capaces.

¹³ AYLWIN AZÓCAR, Patricio. *Op. cit.*; p. 238

2.2.2. Consentimiento

Este requisito es, quizás, el más importante puesto que el acuerdo arbitral implica una renuncia de las partes a la competencia estatal. Asimismo, cabe señalar que las reglas sustantivas de Derecho Civil relativas al consentimiento se aplican tanto para el acuerdo arbitral celebrado para arbitraje doméstico como para aquel celebrado en virtud de la Ley N° 19.971 (en caso de que se aplique ley chilena, según se explicó). Como señala MEREMINSKAYA, “el problema de la validez se resolverá conforme al derecho aplicable a los contratos en el país sede del arbitraje. Debido a la autonomía de la cláusula compromisoria, su validez se verá afectada en circunstancias muy excepcionales cuando el proceso de su formación adolecía de algún vicio del consentimiento”¹⁴.

Dicho lo anterior, cabe señalar en primer lugar que el consentimiento debe ser claro y preciso, no pudiendo nunca suponerse. Por lo mismo, se exige individualizar íntegramente a las partes, sin dejar lugar a dudas sobre su identidad, así como el conflicto, controversia o disputa que se someterá a arbitraje. Igualmente, es recomendable que las partes hagan referencia a la relación jurídica determinada existente entre ellas y de la cual emana la disputa.

Por otro lado, respecto a la representación convencional, debe aplicarse la regla general establecida en el artículo 2132° del Código Civil, según la cual el

mandatario sólo podrá ejecutar actos de administración requiriendo, por tanto, de un poder especial para actuar fuera de ese límite. En el mismo sentido, el artículo 7° del Código de Procedimiento Civil ha establecido que la facultad del abogado o procurador judicial para comprometer requiere de mención expresa, ya que no es, de las facultades ordinarias de representación. Según señala AYLWIN, “el acto de comprometer, en cuanto importa una renuncia al derecho de ser juzgado por los tribunales ordinarios y, consiguientemente, de ciertas garantías judiciales, no puede considerarse como simple acto administrativo. Esta regla debe aplicarse a todo mandatario, sea civil, comercial o judicial; sea general o especial”¹⁵.

Asimismo, en caso de no concurrir una de las partes a prestar su consentimiento en el acuerdo arbitral, éste no le será oponible, así como tampoco lo será la decisión judicial que de él emane. Lo anterior, como es lógico, no obsta a que el convenio sea válido y sólo implica que no afectará a quien no ha concurrido a su celebración, salvo posterior ratificación. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema al señalar que “siendo el contrato un acto por el cual alguien se obliga para con otro a dar, hacer o no hacer alguna cosa, son partes en él los que contraen esas obligaciones o adquieren los derechos correspondientes; y, por lo mismo, aquel que no asumió obligaciones ni obtuvo derechos en el contrato debe concluirse que no fue parte en ese contrato y, en consecuencia, no

¹⁴ MEREMINSKAYA, Elina. *Op. cit.*; p. 167.

¹⁵ AYLWIN AZÓCAR, Patricio. *Op. cit.*; p. 220.

puede afectarle el compromiso suscrito entre las partes directas, sin que su mera comparecencia al acto bilateral haya podido conferirle tal calidad”¹⁶. De igual modo, la Corte de Apelaciones de Santiago en “Procter & Gamble con Agencia Almadena S.A.” señaló que “del claro tenor del artículo 234° del Código Orgánico de Tribunales surge la conclusión que el arbitraje sólo puede producir efecto entre las partes que lo han convenido, ya que son ellas las que han concurrido al pacto. Si bien es cierto la doctrina distingue entre el nombramiento del árbitro y el contrato de compromiso, en ambos casos la conclusión es la misma; sólo quedan sometidos a la jurisdicción del árbitro las partes que han concurrido a su designación”¹⁷.

Finalmente, cabe señalar que el consentimiento debe estar exento de vicios, esto es, de error, fuerza y dolo.

2.2.3. Formalidades

Las formalidades se encuentran íntimamente relacionadas con la voluntad, puesto que la ley en muchos casos exige que el consentimiento se exteriorice de un determinado modo para producir los efectos jurídicos deseados.

Respecto del arbitraje doméstico, la legislación chilena no ha establecido requisito alguno para el convenio arbitral por lo que, como bien señala VÁSQUEZ,

“habría que concluir *a priori* que el consentimiento se rige por las normas generales que regulan la materia”¹⁸. Así entonces, la voluntad podrá exteriorizarse en forma escrita o verbal y se regulará por el artículo 96° y siguientes del Código de Comercio, que reglamentan la formación del consentimiento (formulación y aceptación de la oferta). Dicha normativa, según la doctrina y la jurisprudencia, tienen el carácter de general y supletoria, por lo que procede su aplicación a falta de regulación expresa.

Ahora bien, cabe señalar que las consideraciones anteriores no se aplican, por disposición expresa de la ley, al arbitraje comercial internacional. En efecto, el número 2 del artículo 7° de la Ley N° 19.971 prescribe en forma perentoria que, tanto respecto de la cláusula compromisoria como del compromiso, el acuerdo debe constar por escrito. Así, se entenderá haber acuerdo por escrito cuando éste se encuentre consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas, correos electrónicos u otros medios de comunicación que dejen constancia del acuerdo. También puede tratarse de un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.

Si se tratare de un acuerdo arbitral independiente, la ley exige tres requisitos

¹⁶ EXCMA. CORTE SUPREMA, en autos caratulados “Espino Álvarez, Antolín”, de fecha 5 de enero de 1982.

¹⁷ ÍLTM. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, en autos caratulados “Procter & Gamble con Agencia Almadena S.A”, de fecha 2 de junio de 1999.

¹⁸ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Op. cit.*; p. 309.

adicionales: **(i)** en primer lugar debe existir un contrato por escrito; **(ii)** dicho contrato debe hacer referencia expresa al documento donde consta la cláusula compromisoria independiente; y **(iii)** la referencia debe implicar que la cláusula forma parte del contrato. Como se puede ver, lo que se busca es evitar que se invoque un supuesto acuerdo arbitral que nunca tuvo relación alguna con el vínculo contractual que unía a las partes. Dicho de otro modo, la ley fija los elementos que deben concurrir para que exista una efectiva conexión entre una relación jurídica entre partes y un acuerdo arbitral independiente.

Cabe señalar que la escrituración como requisito del acuerdo arbitral ha perdido relevancia en la actualidad, puesto que las relaciones jurídicas internacionales han rebasado ampliamente la norma redactada originalmente por la CNUDMI¹⁹ e incorporada a la Ley chilena.

En efecto, la Secretaría de la CNUDMI identificó una serie de situaciones en que acuerdos arbitrales ampliamente utilizados no cumplirían con los requisitos establecidos originalmente en la Ley Modelo. Por lo mismo, hace algunos años, se encomendó a un grupo de trabajo la redacción de una nueva versión del artículo 7° que, en definitiva, se plasmó en la modificación que se hizo con fecha 19 de julio de 2005 a la Ley

Modelo. Cabe señalar que la Ley N° 19.971 fue publicada con anterioridad a esta modificación, por lo que no ha sido incorporada al texto chileno.

El nuevo texto de la ley, define de modo amplio la expresión “por escrito”, estableciendo que corresponde a “cualquier forma de texto que puede abarcar, sin limitaciones, un mensaje de datos, que deje constancia del acuerdo de arbitraje o que de otro modo sea accesible para su ulterior consulta”. Asimismo, con esta modificación se omite la firma como requisito del acuerdo arbitral, exigiendo únicamente la existencia de un acuerdo de voluntades. Ello implica, como señala GONZÁLEZ COSSIO, que un requisito *in validitatis* pasó a ser, en esencia, un requisito *ad probationem*²⁰.

2.2.4. Objeto

Esta materia es de gran importancia puesto que no toda controversia es susceptible de someterse arbitraje. En este sentido, pese a que el arbitraje ha sido tradicionalmente entendido como un mecanismo de solución de conflictos privado, no todas las materias privadas se encuentran incluidas ni las públicas excluidas.

En principio, puede someterse a arbitraje cualquier *asunto* con conse-

¹⁹ UZELAC, Alan. “The form of the arbitration agreement and the fiction of written orality. How far should we go?” En: *Issues of Comparative Law, Croatian Arbitration Yearbook*. Zagreb: Croatian Chamber of Commerce, 2001, p. 8. En similar sentido: GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. “La nueva forma del acuerdo arbitral. Aún otra victoria del consensualismo”. En: Boletín Mexicano de Derecho Comparado. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 779.

²⁰ GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Op. cit.*; p. 779.

cuencias jurídicas, sea éste litigioso o no, salvo que se trate de materias respecto de las cuales se prohíbe el arbitraje²¹. Así, lo relevante será que exista o pueda existir en el futuro un enfrentamiento o disputa entre las partes, y que una de éstas solicite un cierto grado de protección del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la relación jurídica entre las partes, cabe señalar que son susceptibles de arbitraje tanto las controversias emanadas de relaciones contractuales como extracontractuales. En todo caso, deben las partes señalar en el acuerdo arbitral la naturaleza de su relación delimitando, en lo posible, la fuente del conflicto. Como señala VÁSQUEZ, ello evita que las partes renuncien, *ex ante* por medio del convenio arbitral, a toda jurisdicción estatal en cualquier controversia, disputa o litigio que suscite entre ellas²².

2.2.4.1. Validez de la cláusula de someterse a jurisdicción arbitral extranjera

La discusión en Chile respecto de la validez del acuerdo arbitral en que se someten determinadas controversias a tribunales arbitrales extranjeros y/o internacionales, se inicia a partir de lo dispuesto en el artículo 1462° del Código Civil que establece: “Hay un objeto ilícito en todo lo que contraviene al derecho público chileno. Así, la promesa de someterse en Chile a una jurisdicción

no reconocida por las leyes chilenas, es nula por el vicio del objeto”. No obstante lo anterior y de existir algún fallo en contrario, en el último tiempo existe una clara tendencia jurisprudencial a darle validez a estos pactos acogiendo excepciones de incompetencia o bien aprobando o reconociendo laudos arbitrales de tribunales extranjeros.

El primer fallo que cabe mencionar al respecto, es aquel que la Corte Suprema pronunció en el caso “Mauricio Hochschild S.A.C.I. con Ferrostaal A.G.”²³, en que por primera vez reconoce en forma expresa y directa la validez de las cláusulas de sumisión a jurisdicción de tribunales ordinarios extranjeros.

En este caso una sociedad anónima alemana, Ferrostaal Aktiengesellschaft, y Mauricio Hochschild S.A.C.I. firmaron un contrato para la venta de planchas de acero de origen mexicano, las que fueron ingresadas a Chile desde EE.UU. En el contrato de compraventa se establecía que cualquier disputa que surgiera entre las partes, sería conocida por los tribunales de la ciudad de Essen en Alemania. Al surgir diferencias entre las partes, Hochschild presentó una demanda ante la justicia ordinaria chilena, la que fue rechazada por falta de competencia del tribunal acogiendo la excepción dilatoria opuesta al efecto por la demandada. Esta causa llegó a la Corte Suprema mediante una casación en que Hochschild alegaba que de conformidad al artículo 1462° había objeto ilícito en el acuerdo arbitral

²¹ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Op. cit.*; p. 330.

²² *Ibidem*.

²³ EXCMA. CORTE SUPREMA, rol de ingreso N° 5553-02, de fecha 22 de enero de 2008

referido. Sin embargo, la casación fue desestimada por la Corte argumentando la validez de dicho pacto y agregando entre otras razones para dicha conclusión que “la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional permite el sometimiento a normas de ordenamiento jurídico y sistema jurisdiccional arbitral extranjeros”. Así, la Corte concluyó que “en consecuencia no corresponde restarle validez a la cláusula por la cual las partes sustrajeron de los tribunales chilenos la resolución de los conflictos que pudieren suscitarse, por tratarse de un pacto lícito que no contraría el orden público chileno”.

En esta misma línea, en “Marlex Ltda. con European Industrial Engineerin”²⁴, la Corte, a propósito de una cláusula arbitral contenida en un contrato entre una empresa chilena y una sociedad constituida de conformidad con las leyes de Italia y con domicilio en la ciudad de Venecia, dictaminó: “el ordenamiento nacional reconoce explícitamente la posibilidad que los particulares estipulen someter las controversias que de la aplicación de un contrato internacional pudieran derivarse, al conocimiento de tribunales extranjeros, sean ellos ordinarios o arbitrales. Por ende, ningún objeto ilícito hay en la cláusula del contrato suscrito entre las partes, en virtud de la cual acuerdan entregar el conocimiento de los eventuales litigios que de éste se pudieran suscitar, a un tribunal italiano y, por lo mismo, no comete error de derecho la sentencia que declara la

incompetencia del tribunal ante el cual, se interpuso la demanda para conocer del litigio promovido”.

Del mismo modo, tenemos que en “Gold Nutrition Industria e Comercio con Laboratorios Garden House S.A.”²⁵, la Corte Suprema también se pronunció afirmativamente sobre la solicitud de exequátur respecto de una sentencia arbitral pronunciada por el Tribunal designado conforme a las normas de la Cámara de Mediación y Arbitraje de Sao Paulo. En este caso, la Corte no sólo dictaminó la validez de la cláusula que sometía las diferencias de las partes a un tribunal arbitral extranjero, sino que, además, se pronunció a favor de que dicha cláusula entregara la designación de él o los árbitros a un ente privado extranjero (la Cámara de Mediación y Arbitraje de Sao Paulo), cuestión que también había sido cuestionada por el demandado. En este caso, el pronunciamiento de la Corte Suprema se fundamentó principalmente en las normas de la Ley N° 19.971 sobre Arbitraje Comercial Internacional.

Finalmente, cabe hacer presente que nuestro máximo tribunal también se ha pronunciado favorablemente en procedimientos de exequátur respecto de sentencias dictadas por tribunales ordinarios extranjeros. Así ha sucedido, a modo ejemplar, en las causas Street Bank and Trust Company con Inversiones Errázuriz y otros²⁶ y Max Mauro Stubrin y Otros con Inversiones Morice S.A.²⁷, en

²⁴ EXCMA. CORTE SUPREMA, rol de ingreso N° 2026-2007, de fecha 28 de julio de 2008.

²⁵ EXCMA. CORTE SUPREMA, rol de ingreso N° 6615-2007, de fecha 15 de septiembre de 2008.

²⁶ EXCMA. CORTE SUPREMA, rol de ingreso N° 2349-05, de fecha 14 de mayo de 2007.

²⁷ EXCMA. CORTE SUPREMA, rol de ingreso N° 6600-05, de fecha 11 de enero de 2007.

las que se ha reconocido indirectamente o por analogía la validez de la cláusula por medio de la cual, las partes se someten a jurisdicción arbitral extranjera.

2.3. Requisitos facultativos propios del acuerdo arbitral

El contenido facultativo del convenio arbitral corresponde a aquellas cláusulas cuya inclusión en el acuerdo no es esencial, esto es, cuya omisión no acarrea sanción alguna al acuerdo.

En primer lugar, las partes pueden *designar al o los árbitros* que conocerán de la controversia, cumpliendo en este caso con los requisitos establecidos en el artículo 234° del Código Orgánico de Tribunales que regula el contrato de nombramiento de árbitros. Es decir, debe hacerse por escrito, expresando el nombre y apellido de las partes y del o los árbitros designados, así como el asunto sometido a conocimiento arbitral. En caso de no cumplir con estos requisitos, el nombramiento del o los árbitros podrá ser declarado nulo.

Según establece el artículo 233° del mismo cuerpo legal, no existe límite en cuanto al número de árbitros. Por su parte, la Ley N° 19.971 entrega la determinación del número de árbitros enteramente a la voluntad de las partes sin perjuicio de lo cual, en silencio de éstas, el artículo 10° de la Ley N° 19.971 establece que los árbitros serán tres.

Asimismo, las partes pueden decidir sobre la *calidad del árbitro*, esto es, arbitrador²⁸, de derecho²⁹ o mixto³⁰. En caso que las partes guarden silencio, se considerará que el árbitro resolverá en conformidad a derecho. Lo anterior, respecto del arbitraje doméstico, se produce por aplicación de la regla general establecida en el artículo 235° del Código Orgánico de Tribunales³¹.

Lo anterior, por lo demás, es similar a lo establecido en la Ley N° 19.971 que establece, en su artículo 28° número, que “el tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado

²⁸ El *árbitro arbitrador*, según el inciso 3° del artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, corresponde a aquel que fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil.

²⁹ El *árbitro de derecho*, según el inciso 1° del artículo 628 del Código de Procedimiento Civil y el inciso 2° del artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, corresponde a aquel que debe someterse, tanto en la tramitación del procedimiento como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas que la ley establece para los jueces ordinarios, según la naturaleza la acción deducida.

³⁰ El *árbitro mixto*, según establece el inciso 2° del artículo 628 del Código de Procedimiento Civil y el inciso 4° del artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, corresponde a aquel que actúa como arbitrador en cuanto al procedimiento, y como árbitro de derecho para pronunciar la sentencia definitiva.

³¹ Esta disposición encuentra una importante excepción en el artículo 4 N° 10 de la Ley N° 18.046 sobre Sociedades Anónimas que, al tratar las menciones que debe contener la escritura de la sociedad, establece que si nada se dijere respecto de la naturaleza del arbitraje, las controversias o disputas entre accionistas en su calidad de tales, o entre éstos y la sociedad o sus administradores, deben ser sometidas al conocimiento de un árbitro arbitrador.

expresamente a hacerlo así”. Interpretada la norma a *contrario sensu*, se concluye que la regla general es que los árbitros que conocen de controversias comerciales internacionales de acuerdo a la Ley N° 19.971, sean árbitros de derecho, porque deben fallar de acuerdo a la ley que sea aplicable a la controversia.

En cuanto al *lugar en que se seguirá el arbitraje*, el artículo 235° del Código Orgánico de Tribunales establece, para el arbitraje doméstico, que si nada se dijere deberá seguirse el juicio en el lugar en que se ha celebrado el compromiso. Respecto de la Ley N° 19.971, para que dicha normativa sea aplicable es menester que las partes acuerden que el arbitraje se seguirá en Chile.

Del mismo modo, las partes pueden acordar el *plazo* dentro del cual se dictará el laudo. A falta de mención, el artículo 235° del Código Orgánico de Tribunales establece que se entenderá que el plazo es de dos años desde la aceptación del cargo por parte del árbitro. Cabe señalar que la Ley N° 19.971 no contiene disposición en este sentido, por lo que si las partes no acuerdan la duración del arbitraje –sea en el acuerdo arbitral o en las bases del procedimiento– podría estimarse que no sería aplicable la limitación temporal establecida en el Código Orgánico de Tribunales, al corresponder ésta a una norma *ordenatoria litis* interna. De este modo, por aplicación de los principios de esta ley, podría estimarse que si las partes nada dicen, será el mismo árbitro

quien decidirá sobre la duración del arbitraje. Lo anterior, por lo demás, se condice plenamente con la filosofía que subyace en el establecimiento de la Ley N° 19.971.

Las partes pueden, también, pactar la *renuncia a los recursos* que procedan en contra del laudo arbitral. Dicha prerrogativa encuentra su limitación en los recursos de queja y de casación en la forma por las causales de incompetencia del tribunal y *ultra petita* puesto que, al mirar al interés general u orden público, se les ha entendido irrenunciables. Lo anterior, ha sido refrendado en múltiples ocasiones por la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales de justicia. Así, por ejemplo, en “Cuerotexa S.A. con Árbitro Sr. Lorenzo de la Maza Rivadeneira” se señaló que “esta renuncia sólo encuentra su límite en la facultad que asiste a la Corte Suprema para ejercer la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación, como reza textualmente el artículo 79° de la Constitución Política de la República. Asimismo, en el ejercicio de estas facultades, el Tribunal Superior del país sólo ha admitido recursos en contra de las decisiones de los arbitadores, por la vía de los recursos de queja o de casación en la forma, en razón de incompetencia o *ultrapetita*”³².

En cuanto a la Ley N° 19.971, cabe señalar en primer lugar que estimamos que no procede renunciar *ex ante* al recurso de nulidad establecido en su artículo

³² EXCMA. CORTE SUPREMA, autos caratulados “Cuerotexa S.A. con Árbitro Sr. Lorenzo de la Maza Rivadeneira”, de fecha 17 de octubre de 1994. En: Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCI, Segunda Parte, Sección Segunda, p. 95.

34°, puesto que las causales que lo hacen procedente miran, precisamente, al interés general u orden público. En esta misma línea, se han planteado dudas sobre la procedencia del recurso de queja³³ en contra del fallo que resuelve el recurso de nulidad, ya que es la misma ley la que dispone que en contra del laudo arbitral sólo procede el recurso de nulidad en los términos de su artículo 34°. Lo cierto es que esta materia aún no se ha resuelto de manera definitiva, puesto que la Corte Suprema no se ha pronunciado al respecto. En todo caso, hay quienes estiman que el recurso de queja no procedería por cuanto la filosofía que subyace en el establecimiento de esta ley es, precisamente, la de limitar al mínimo la intervención de los tribunales nacionales en el arbitraje comercial internacional sólo a aquellas materias expresamente señaladas, dentro de las cuales no se encuentra el recurso de queja.

Finalmente, en cuanto al *tribunal de segunda instancia que conocerá de los recursos interpuestos en contra del laudo arbitral*, cabe señalar que, en el arbitraje doméstico de derecho y salvo renuncia expresa de las partes, proceden los recursos de apelación y casación que serán conocidos por el tribunal que habría conocido de estos si se tratare de un juicio ordinario, esto es, por la Corte de Apelaciones respectiva. En el caso del arbitraje doméstico ante arbitradores, su resolución será inapelable

salvo que las partes determinaren su procedencia ante un tribunal arbitral de segunda instancia, compuesto asimismo por árbitros arbitradores que, según establece el artículo 642° del Código de Procedimiento Civil, deben haber sido designados por las partes en el mismo acuerdo arbitral. Respecto del arbitraje comercial internacional, el N° 2 del artículo 34° de la Ley N° 19.971, establece que el recurso de nulidad será siempre fallado por la Corte de Apelaciones.

2.4. Obligaciones que emanan del acuerdo arbitral

Del carácter contractual del acuerdo arbitral, se desprenden importantes efectos que, como en todo contrato, se materializan en las obligaciones que de él nacen para las partes. En este caso, del acuerdo arbitral nacen tres importantes deberes para los co-contratantes: **(i)** la obligación de sustraer las controversias o disputas a que se refiere el convenio de los tribunales ordinarios de justicia (*obligación de no hacer*), **(ii)** la obligación de someter tales controversias o disputas ante uno o más árbitros (*obligación de hacer*) y **(iii)** la obligación de sufragar los costos del arbitraje (*obligación de dar*).

Asimismo, las obligaciones emanadas del acuerdo arbitral se han dividido entre aquellas que producen efectos

³³ Recurso que, según establece el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, tiene por exclusiva finalidad corregir las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de una resolución judicial. Procede en contra de sentencias definitivas e interlocutorias que pongan fin al juicio o hagan imposible su continuación y en contra de las cuales no proceda recurso alguno, ordinario o extraordinario. El recurso de queja se funda en el artículo 82 de la Constitución Política de la República, que dispone que la Corte Suprema tendrá la superintendencia directiva, correccional y económica de todos los tribunales de la Nación.

positivos y aquellas que producen efectos negativos. Ambos efectos, como se puede ver, no son más que dos caras de un mismo fenómeno jurídico³⁴.

2.4.1. Obligación de no hacer

En virtud de esta obligación, los tribunales ordinarios de justicia están impedidos de conocer las disputas o controversias contempladas en el pacto arbitral, aún cuando una de las partes así lo solicite. De este modo, es el propio Estado el que restringe sus potestades jurisdiccionales, proyectando de esa forma el principio de subsidiariedad.

Esta obligación es un efecto negativo directo del convenio arbitral que, pese a emanar de un acuerdo privado entre las partes, Chile ha reconocido como vinculante tanto en la Convención de Nueva York (párrafo 1 del artículo II), como en la Ley N° 19.971 (artículo 8°).

En la misma línea, esta obligación se vincula al convenio arbitral y *no* a la existencia del arbitraje, por lo que debe ser respetada aún en caso que no se haya conformado el tribunal arbitral.

Por otro lado, cabe señalar que este principio no opera *ipso iure*, sino que requiere actuación de las partes. En efecto, atendida la circunstancia de que el pacto arbitral deroga la competencia de los jueces a los árbitros para el conocimiento y resolución de determinadas controversias,

el instrumento procesal a utilizar será la excepción dilatoria, consagrada como mecanismo de control para regular formalmente el proceso y evitar una eventual anulación de la sentencia. Dicho mecanismo se encuentra contemplado en la mayoría de las legislaciones procesales de los países Latinoamericanos.

En consecuencia, en Chile si uno de los contratantes pretende sustraerse del acuerdo arbitral presentando su demanda ante los tribunales ordinarios de justicia, la otra parte podrá interponer la excepción dilatoria de incompetencia contemplada en el N° 1 del artículo 303° del Código de Procedimiento Civil. En este caso, la procedencia de dicho mecanismo por configurarse una causal de incompetencia absoluta ha sido ampliamente avalada por la jurisprudencia chilena. En efecto, y a modo ejemplar, la Corte Suprema ha dicho que “de lo anterior se concluye que las materias sometidas al conocimiento y decisión del Tribunal recurrido han sido substraídas de la competencia de los tribunales ordinarios y sometidas por las partes al conocimiento y decisión de árbitro, a través de la citada cláusula arbitral, por lo que resulta procedente acoger la excepción dilatoria de incompetencia opuesta por la demandada”³⁵.

En este sentido, es importante destacar que hay quienes consideran que en caso de haberse pactado un tribunal arbitral internacional o extranjero no estamos ante una situación de

³⁴ VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *Op. cit.*; p. 309.

³⁵ EXCMA. CORTE SUPREMA, autos caratulados “Chilectra Metropolitana”, rol de ingreso N° 22069-93, de fecha 5 de abril de 1994.

incompetencia del tribunal ordinario, sino que ante falta de jurisdicción. Así entonces, la falta de jurisdicción deberá hacerse valer en la contestación de la demanda, dejando su resolución para la sentencia definitiva. Este mecanismo entraba, muchas veces, al funcionamiento de la justicia arbitral, puesto que implica que el juez desconocerá el efecto negativo del acuerdo arbitral obligando a las partes a pasar un largo período de tiempo compareciendo y efectuando los trámites propios de un proceso judicial para, en definitiva, decidir que el tribunal competente es, en realidad, otro.

Finalmente, cabe señalar que las partes pueden prorrogar la competencia, esto es, renunciar al acuerdo arbitral expresa o tácitamente. La renuncia será tácita cuando la demanda presentada ante un tribunal incompetente sea contestada por la parte demandada sin señalar la existencia del acuerdo arbitral que liga a las partes. En ese caso, el principio general de la buena fe impediría hacer uso, posteriormente, de los instrumentos procesales que permiten la declaración de incompetencia.

2.4.2. Obligación de hacer

Este efecto se caracteriza por su carácter doble, esto es, que por un lado obliga a las partes a someter su controversia a la justicia arbitral y, por el otro, otorga competencia a los árbitros para conocer de dicha controversia.

En relación a los contratantes, esta obligación no es más que el efecto propio

de la obligatoriedad del acuerdo arbitral en cuanto contrato. En efecto, el artículo 1545° del Código Civil chileno dispone que “todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

Por otro lado, en cuanto al tribunal arbitral, esta obligación se encuentra ligada a la calidad de juez que asiste al árbitro que resolverá la controversia. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema, al señalar que “la existencia de la cláusula compromisoria, mientras esté vigente somete a los pactantes a la jurisdicción arbitral y los sustrae de la justicia ordinaria para litigar sobre las materias a que ella se refiere, circunstancia esta que los obliga, pues constituye ley para los contratantes. Acordado el compromiso, designado e instalado legalmente el árbitro que resolverá los asuntos que se han previsto, éste adquiere el carácter de juez para conocer y decidir materias propias del litigio quedando, desde ese momento, sometido a las instancias superiores de revisión y a la superintendencia correccional y económica de la Corte Suprema”³⁶.

Asimismo, esta obligación se encuentra ligada al principio *Kompetenz-Kompetenz*, puesto que el árbitro deberá fallar la disputa de las partes con la facultad de decidir respecto de su propia competencia. En relación a este punto, cabe señalar que la Ley N° 19.971 acoge expresamente este principio en su artículo 16° número 1, que dispone: “El

³⁶ EXCMA. CORTE SUPREMA, rol de ingreso N° 2826-94, de fecha 25 de julio de 1995.

tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje”. Y agrega la misma norma: “La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso jure* la nulidad de la cláusula compromisoria”. De este modo, las facultades del tribunal bajo la Ley N° 19.971 son amplias, pudiendo incluso pronunciarse respecto de la nulidad de la cláusula, en virtud de la cual, dicho tribunal fue constituido.

2.4.3. Obligación de dar

Como sabemos, la justicia arbitral se presenta como un medio rápido, sencillo, muchas veces confidencial, flexible y altamente sofisticado de solución de controversias que bien implementado permite disminuir de modo importante el promedio de tramitación de los procesos³⁷. Estos beneficios traen aparejado un costo adicional puesto que las partes de un arbitraje están obligadas a correr con costos propios del procedimiento arbitral, que no financiarían de haber recurrido a la justicia ordinaria.

En el arbitraje *ad-hoc*, las partes deben primeramente sufragar los honorarios y gastos del o los árbitros designados para conocer de la contro-

versia, que quedarán establecidos en el “contrato del árbitro”³⁸ o “contrato del compromisario”³⁹. Este contrato es meramente civil, donde las partes en conjunto con el árbitro pueden acordar, además de encomendar la resolución del asunto al árbitro, la forma y momento en que se remuneran sus servicios profesionales⁴⁰.

Asimismo, en el caso de arbitraje institucional, las partes deberán sufragar los costos asociados a la organización del procedimiento, además de los honorarios del árbitro en los términos ya referidos. Las instituciones que administran arbitrajes están usualmente vinculadas a centros o cámaras de comercio, con el objeto de promover el arbitraje como alternativa de solución de controversias. En estos casos, la determinación de los honorarios del árbitro, se hará según las reglas aplicadas por la respectiva institución que, en Chile, generalmente han optado por la determinación *ad valorem*, es decir, por fijar tablas regresivas en las que, según el monto o cuantía de la disputa, se establece un porcentaje o monto mínimo y máximo que va disminuyendo según los tramos⁴¹.

Por otro lado, las partes deberán correr con los gastos asociados a cualquier litigio, como serían los costos correspondientes a representación,

³⁷ AYLWIN AZÓCAR, Patricio. *Op. cit.*; p. 76.

³⁸ SILVA ROMERO, Eduardo. *El Contrato de Arbitraje. Una obligación de dar: Los costos del arbitraje*. Colombia: Legis Editores, 2005, p. 705.

³⁹ LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge. *Los Contratos. Parte General. Tomo I*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005, p. 178.

⁴⁰ CAREY TAGLE, Jorge y FERNÁNDEZ RUIZ, Gonzalo. *Los costos en el arbitraje. Estudios de Arbitraje. Libro de Homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, p. 217.

peritos, entre otros, que no varían según se trata de un procedimiento arbitral o de uno seguido ante la justicia ordinaria.

Finalmente, cabe señalar que el árbitro puede condenar en costas a aquella parte que resultare totalmente vencida o que, a juicio del sentenciador, no tuviere motivo plausible para litigar. En cualquier caso, en Chile tal condena generalmente no alcanza a cubrir aquellos gastos incurridos por la parte vencedora por concepto de representación.

3. CONSIDERACIONES FINALES

El arbitraje se ha convertido en una herramienta rápida y efectiva de solución de controversias, que es cada vez más utilizada tanto a nivel doméstico como internacional. Sin perjuicio de ello, y con el objeto de que este mecanismo cumpla a cabalidad los fines propuestos, es menester que las partes pongan especial cuidado en la redacción del acuerdo arbitral que habrá de sustraer la controversia o disputa de la justicia ordinaria para entregara al conocimiento de un juez árbitro.

En efecto, desatender el carácter contractual del convenio arbitral puede llevar a que no se cumplan adecuadamente los requisitos impuestos por la ley a su respecto. Ello, eventualmente, puede incluso acarrear la nulidad del laudo debido a la falta de competencia del tribunal arbitral que conoció del asunto, con los costos en tiempo y recursos que tal declaración conlleva.

Del mismo modo, el acuerdo arbitral, en cuanto contrato legalmente celebrado, produce obligaciones o efectos jurídicos en las partes que lo celebraron. Atendida la importancia de dichos efectos, entre ellos la renuncia a la competencia estatal en el conocimiento de determinadas controversias, su cabal comprensión es esencial para prestar el consentimiento exigido como requisito de validez del pacto.

Finalmente, no podemos sino expresar nuestra confianza en que la tendencia jurisprudencial predominante en Chile, que se ha pronunciado favorablemente hacia al arbitraje internacional, siga evolucionando en forma positiva respecto de situaciones que no han sido resueltas por la ley, potenciando aún más a Chile como centro de arbitraje internacional.

⁴¹ Ibídem.

EL CONVENIO ARBITRAL, LA LEY DE FONDO Y LA APLICACIÓN EN PARTICULAR DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS (*)

SUMARIO: 1. Generalidades. 2. La autonomía de la voluntad de las partes en la elección del derecho aplicable al fondo. 3. Limitaciones a la autonomía de la voluntad de las partes. 4. Las alternativas en la elección del derecho de fondo aplicable. 5. La aplicación de los principios de UNIDROIT como ley de fondo aplicable por los árbitros. 5.1. La aplicación de los principios UNIDROIT como “lex contratus” al estar expresamente pactados. 5.2. La aplicación de los principios de UNIDROIT al pactarse los principios generales de derecho, principios transnacionales, la “lex mercatoria” o usos. 5.3. La aplicación de los principios de UNIDROIT frente a la omisión de las partes de señalar la ley aplicable al contrato. 5.4. La aplicación de los principios de UNIDROIT para complementar e interpretar la lex contratus. 5.5. La aplicación de los principios de UNIDROIT frente a otro tipo de casos y a los arbitrajes de equidad. 6. Conclusiones.

1. GENERALIDADES

Normalmente, en la negociación de todo contrato comercial internacional, las partes y sus asesores se desvelan por tratar de regular todos los principales aspectos de la relación comercial, muchas veces

con un grado de detalle significativo. Sin embargo, no siempre se presta el debido cuidado en la redacción del convenio arbitral, a pesar de constituir, en palabras de Bernardo CREMADES, la verdadera carta magna de todo eventual procedimiento arbitral¹. Es muy importante que las

(*) Árbitro de la International Center for Dispute Resolution, The International Division of the American Arbitration Association. Árbitro del Centro de Arbitrajes y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile.

¹ CREMADES, Bernardo. “El Convenio Arbitral”. En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2003, pp. 43-70.

partes dejen muy claro en la redacción del mismo sus opciones. El arbitraje es una manifestación de la autonomía de la voluntad y, por lo tanto, en la redacción del convenio arbitral se cristaliza el procedimiento deseado por las partes.

Dentro del contenido facultativo del convenio arbitral, y de los elementos recomendables que debe contener, se encuentran no solo la sede del arbitraje, el número de árbitros y, el idioma del arbitraje, sino también el derecho aplicable al fondo de la disputa. Este último aspecto se incluye generalmente en una cláusula separada y distinta del contrato.

Si bien en algunos arbitrajes comerciales internacionales resulta innecesario referirse a la ley de fondo aplicable, ya que las disputas pueden decidirse en base al contrato suscrito por las partes y a las prácticas y usos comerciales en la industria, es claramente aconsejable determinarla. La definición de ella evita discusiones de las partes sobre cual debería ser el derecho aplicable a una determinada cuestión contractual y, además, dota de mediana certeza a la posición jurídica de cada parte desde el inicio del arbitraje². Así, por ejemplo, si se trata de un conflicto sobre vicios ocultos en una compraventa en una operación entre Francia y España, las consecuencias

serán radicalmente distintas según se haya optado por el derecho español o por el derecho francés³.

Igualmente, el convenir las partes la ley de fondo aplicable al conflicto significa no solo evitar que la decisión de este asunto por los árbitros pudiera resultar una sorpresa desagradable para unas de las partes, sino también una ventaja práctica al momento en que las partes o la institución de arbitraje nominan un árbitro el considerar que se trate de una persona que conozca o está familiarizada con la ley que se debe aplicar⁴. En suma, tal como veremos, la omisión en la determinación del derecho aplicable puede resultar ser un proceso extenso y costoso.

A pesar que la elección de la ley de fondo aplicable por los árbitros no constituye un elemento necesario para la validez del convenio arbitral, de un análisis empírico se demuestra que dentro de los elementos más frecuentemente incorporados al contrato o al propio convenio arbitral en un 77% de los casos sometidos a la Corte de la Cámara de Comercio Internacional, en adelante CCI, se indicaba una referencia a la ley de fondo aplicable⁵.

A partir de lo anterior, resulta de especial interés estudiar cómo juega la

² CONEJERO ROSS Cristián. "¿Cláusulas amplias o cláusulas detalladas? Lecciones y reflexiones bajo la Convención de Nueva York". En: *El Arbitraje Comercial Internacional, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*. Argentina: Editorial Abeledo Perrot, 2008, pp. 147-167.

³ CREMADES BERNARDO. *Op. cit.*; p. 53.

⁴ BOND, STEPHEN R. How to Draft an Arbitration Clause. En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 6. N° 2, 1989, pp. 65-78

⁵ 2001 12 -1- ICC Bulletin 7.

autonomía de la voluntad en la elección de la ley de fondo aplicable; qué limitaciones tiene; cuáles son las alternativas de elección que las partes tienen; y, en ausencia de tal elección, si los árbitros pueden resolver aplicando como ley de fondo los principios de Unidroit, como manifestación de la *lex mercatoria*; temas que a continuación nos avocaremos a dilucidar.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO

La autonomía de la voluntad de las partes que celebran un contrato comercial internacional para elegir por sí mismas el derecho aplicable al fondo, ha recibido un amplio reconocimiento no solo por la doctrina sino también por los convenios internacionales, por los ordenamientos jurídicos nacionales, como igualmente por los tribunales nacionales y arbitrales.

En materia de reconocimiento en convenios internacionales, el Convenio de Roma⁶, que rige las obligaciones contractuales dentro de la Unión Europea, reconoce como principio básico el derecho de las partes del contrato a elegir, ya sea en forma expresa o implícita, el derecho por el que se regirá su relación contractual.

Luego, el Convenio de Ginebra, para los arbitrajes internacionales sometidos a su régimen, dispone que “[L]as

partes podrán, según su libre criterio, determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de aplicar al fondo de la controversia”, fijando como normativa que se aplicará supletoriamente, en defecto de tal acuerdo, la correspondiente a “[l]a ley procedente de conformidad con la regla de conflicto que los árbitros estimaren apropiada en el caso en cuestión”. Concluye el precepto que “[l]os árbitros tendrán en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos mercantiles”⁷.

Por su parte, el Convenio de Washington sobre arbitraje de inversiones entre un Estado y los nacionales de otro Estado, dispone: “[E]l Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables”⁸.

Enseguida, el Reglamento de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, en adelante CNUDMI, más conocido por su sigla en inglés UNCITRAL, señala: “[E]l tribunal arbitral aplicará la ley que las partes hayan indicado como aplicable al fondo del litigio. Si las partes no indican la ley aplicable, el tribunal arbitral aplicará la ley que determinen las normas de conflicto de leyes que determinen las normas de conflicto de leyes que estime aplicables”⁹.

⁶ Se puede consultar en: Diario Oficial de la Unión Europea L266/1.

⁷ Convenio de Ginebra. art. VII.1

⁸ Convenio de Washington, art. 42.

⁹ Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, artículo 33 -1-.

Entre las reglas adoptadas por las instituciones arbitrales, el Reglamento de la CCI dispone: “1. [L]as partes podrán acordar libremente las normas jurídicas que el Tribunal Arbitral deberá aplicar al fondo de la controversia. A falta de acuerdo de las partes, el Tribunal Arbitral aplicará las normas jurídicas que considere más apropiadas. 2. En todos los casos, el Tribunal Arbitral deberá tener en cuenta las estipulaciones del contrato y los usos comerciales pertinentes”¹⁰.

En sus orígenes, la regla de la autonomía se relacionaba con la libertad de elegir el derecho aplicable al fondo al momento de celebrar el contrato, e incluso para modificarlo posteriormente¹¹. Sin embargo, actualmente, se extiende a la facultad de las partes para elegir el derecho tal como deberá aplicárselo en el momento de la controversia¹².

Podemos concluir, tal como lo hace el profesor GRIGERA NAON¹³ que, en materia de arbitraje comercial internacional, la autonomía de la voluntad de las partes para elegir el derecho de fondo aplicable a la controversia constituye un principio rector, que se encuentra orientado, en términos generales, a favorecer y proteger las características auto regulatorias del arbitraje comercial internacional, que incluyen la marcada autonomía conferida a las partes y subsidiariamente

a los árbitros para determinar el derecho aplicable al fondo.

3. LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

La autorregulación por las partes en cuanto al régimen normativo sustancial aplicable al contrato, debe reconocer o compatibilizarse con limitaciones o atenuaciones heterónomas, que tutelan intereses más allá del de los intervinientes en el contrato, debiendo, en todo caso, la elección del derecho aplicable efectuarse de buena fe y no contrariar el orden público.

Al respecto, el Convenio de Roma no permite que la elección de un ordenamiento extranjero prevalezca sobre las normas jurídicas obligatorias de un país al que apuntan todos los elementos fácticos del contrato, de modo tal, por ejemplo, de no autorizarse la elección de un sistema extranjero con fines de evasión fiscal, pudiendo el tribunal pertinente, aplicar las leyes nacionales de orden público, tal como ocurrió en el caso *Soleimany c Soleimany*, en que el Tribunal de Apelación de Inglaterra se negó a conceder la ejecución de un laudo dado que la operación, si bien no era ilegal con arreglo al derecho

¹⁰ Reglamento de Arbitraje de la CCI, artículo 17 -1,2-.

¹¹ Así, por ejemplo, está contemplado en el Convenio de Roma, art. 3, que considera la posibilidad de elegir el derecho aplicable o modificar dicha elección en cualquier momento con posterioridad a la celebración del contrato por acuerdo de las partes.

¹² REDFERN, Alan y HUNTER, MARTÍN. “Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional”. En: *La Ley*. 4ª edición. Argentina, 2007, p. 175.

¹³ GRIGERA NAON, HORACIO. “El derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional”. En: *El Contrato de Arbitraje*. Colombia: Editorial Legis, 2005, pp. 607-617.

aplicable, sí lo era con arreglo al derecho inglés¹⁴.

Los árbitros internacionales al adoptar sus decisiones deben considerar no solo la ley de fondo elegida por las partes, sino tener en cuenta o aplicar normas imperativas o de orden público no pactadas por las partes pertenecientes, por ejemplo, al ordenamiento jurídico del lugar del arbitraje o que presente contactos preponderantemente significativos con la controversia o las partes. Tratándose del orden público deben considerar no solo el de un derecho nacional determinado, sino también el orden público transnacional o internacional, que se encontraría conformado por los principios y normas destinados a la protección de los valores, derechos o preceptos esenciales, tales como los derechos humanos consagrados por el derecho internacional, el principio de la buena fe y del debido proceso, la proscripción de prácticas corruptas o fraudulentas, incluido el fraude a la ley¹⁵.

Con todo, para evitar la incertidumbre que podría significar que los árbitros internacionales al resolver se aparten del derecho de fondo elegido por las partes, deben esmerarse por explicar los motivos razonablemente objetivos por los cuales la solución de fondo alcanzada, en su contenido sustantivo, es compatible con las normas y principios imperativos o de orden público aplicables a casos internacionales de los ordenamientos jurídicos que presentan contactos significativos con la controversia en cuestión.

No debemos olvidar que si los árbitros internacionales so pretexto de aplicar la ley de fondo elegida por las partes, deciden la controversia en violación al orden público o de las normas de policía del país donde tiene su sede el arbitraje, junto con ignorar el principio de la efectividad, conduciría a la nulidad del laudo, lo cual no puede haber sido la intención de las partes que proceden conforme al principio de buena fe al convenir el arbitraje.

4. LAS ALTERNATIVAS EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO DE FONDO APLICABLE

Establecida la libertad que tienen las partes para determinar el derecho de fondo aplicable al contrato, resulta interesante analizar qué alternativas ellas pueden disponer y qué lo que les conviene elegir, esto es, solo un ordenamiento jurídico nacional o pueden extenderse mas allá, a un derecho transnacional, como por ejemplo, a la *lex mercatoria* o a los principios de UNIDROIT, o también a otras opciones, tales como el aplicar derechos concurrentes o, por último, el convenir que las controversias sean resueltas en equidad.

Es usual que en la mayor parte de los contratos comerciales internacionales, incluidos aquellos en que es parte un Estado o un organismo estatal, que las partes elijan un ordenamiento jurídico nacional como ley de fondo aplicable al contrato, lo que facilita determinar

¹⁴ REDFERN, Alan y HUNTER, Martín. *Op. cit.*; p. 176.

¹⁵ GRIGERA NAON, Horacio. *Op. cit.*; pp. 612-613.

los derechos y obligaciones de las partes, de modo que en caso de surgir una controversia, los asesores de los contratantes puedan informar a sus clientes con razonable certeza respecto de su situación jurídica o darles una estimación amplia de las probabilidades de éxito o fracaso.

Sin embargo, la elección del ordenamiento jurídico nacional más adecuado resulta muchas veces difícil de realizar e implica riesgos. Pueden surgir problemas incluso en aquellos países que favorecen el comercio y desarrollo internacional, por ejemplo, si el Estado impone restricciones laborales o a la importación que tornen más oneroso el cumplimiento del contrato¹⁶. En razón de lo anterior, especialmente, en contratos de larga ejecución, se incorporan cláusulas de revisión, las de excesiva onerosidad sobrevenida y de fuerza mayor, todas las cuales contribuyen a mantener el equilibrio de la relación contractual, incluso, en algunos contratos las partes “congelan” el derecho nacional al acordar que el derecho del Estado parte se aplicará tal cual se encontraba vigente a una fecha determinada. Sin embargo, bien podría el Estado parte, igualmente, sancionar una ley que anule la aplicación de semejantes cláusulas dentro de su territorio, por lo que la solución del “congelamiento” puede resultar contraria a las realidades políticas, sociales y económicas. Sobre el particular, cabe recordar la decisión del caso *Aminoil* en que el tribunal arbitral determinó, interpretando la cláusula de

estabilización del contrato de concesión —que debía extenderse por 60 años— que no impedía el acto de nacionalización por parte del gobierno de Kuwait¹⁷, lo que viene a confirmar la poca eficacia práctica que tienen este tipo de estipulaciones.

Igualmente, es posible identificar al “*derecho internacional*”, como derecho de fondo de un contrato, especialmente cuando se trata de un contrato suscrito con un Estado o un organismo estatal. Al respecto, cabe recordar las palabras de la jueza de la Corte Internacional de Justicia, ROSALYN HIGGINS, que plantea que no existe ningún motivo por el cual una persona no pueda invocar directamente el derecho internacional y resultar beneficiada por éste¹⁸.

Por otro lado, en el afán de buscar un derecho “*neutral*” aplicable como ley de fondo al contrato surge la teoría del “*tronc commun*” o “derechos concurrentes o combinados”, que se traduce en identificar los elementos comunes de los dos ordenamientos jurídicos de las partes intervinientes en el contrato y su aplicación a las cuestiones controvertidas. Ello surge como una renuncia que efectúan las partes de un contrato a aplicar su respectivo derecho nacional. Sin embargo, la experiencia arbitral indica que esta no ha sido una buena solución. Uno de los casos más emblemáticos en la aplicación de la combinación de ordenamientos jurídicos

¹⁶ REDFERN, Alan y HUNTER, Martín. *Op. cit.*; pp 178-179.

¹⁷ Arbitraje del caso *Aminoil* -1982- 21 I.L.M 976, voto disidente de sir Gerald Fitzmaurice.

¹⁸ HIGGINS, Rosalyn, “Problems & process: International Law and how we use it”. En: *Clevedon Press, Oxford*, 1994, p.54.

fue el proyecto de construcción del Túnel del Canal de la Mancha, una de las principales obras de ingeniería en el siglo xx, donde se acordó que el contrato “[s]e regirá e interpretará en todos los aspectos de conformidad con los principios comunes del derecho inglés y del derecho francés y, ante la falta de tales principios en común, con los principios generales del derecho del comercio internacional según hayan sido aplicados por los tribunales nacionales e internacionales”¹⁹.

En este caso, el sistema jurídico híbrido elegido presentó –según explica uno de los jueces– un atractivo superficial, pero sospechoso que generó una extensa y costosa controversia. Ello fue ratificado por uno de los abogados externos del grupo constructor, quien, por su parte, expresó: “[e]l motivo principal de la dificultad que importa la aplicación de una cláusula que prevé el uso de principios comunes entre el derecho inglés y el derecho francés es que, si bien ambos sistemas tienden a generar resultados similares o idénticos, no llegan a aportar el conjunto de principios comunes que se necesitan para cubrir todas las controversias contractuales”²⁰.

5. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT COMO LEY DE FONDO APLICABLE POR LOS ÁRBITROS

Establecida anteriormente la autonomía que tienen las partes para elegir la ley de fondo aplicable, y las limitaciones a dicha autonomía, resulta de especial interés preguntarse si los árbitros internacionales al resolver la controversia podrían desvincularse del ordenamiento estatal que pudiera resultar aplicable y aplicar la llamada “*lex mercatoria*”²¹, entendida como un sistema normativo autónomo de origen transnacional y no codificado, integrado por los principios, usos, costumbres y prácticas reguladoras del tráfico jurídico internacional; y luego aplicar como manifestación de dicha “*lex mercatoria*” los principios de UNIDROIT²² sobre contratos comerciales internacionales.

Los principios de UNIDROIT constituyen la nueva “*lex mercatoria*”, integrando conceptos que son parte de la “*lex mercatoria*” aunque no son

¹⁹ Channel Tunnel Group Ltd c/ Balfour Beatty Construction Ltda., 1992.

²⁰ REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Op. cit.*; pp.188-189.

²¹ La *lex mercatoria*, tuvo su antecesor en el *ius gentium romano*, descrito como fuente autónoma del derecho aplicable a las relaciones económicas entre ciudadanos y extranjeros, conforme a la explicación dada por el profesor Goldman, reproducida por Alan Redfern y Martin Hunter. *Op. cit.*; p. 192.

²² El Instituto para la Unificación del Derecho Privado –UNIDROIT– es una organización intergubernamental creada en el año 1926 al amparo de la Liga de las Naciones, cuyo propósito es preparar las vías de adopción gradual por parte de los Estados miembros, que hoy son más de 60, de reglas uniformes de derecho privado; armonizar las normas internacionales con la promoción de intereses específicos de determinados sectores profesionales o comerciales; y reducir los costos de los negocios y promover una competencia libre entre empresas de los distintos Estados asociados.

fuente de ésta²³; son una reformulación de los principios generales del derecho contractual, y se refieren no solo a la interpretación y cumplimiento de obligaciones contractuales sino también se ocupan de las negociaciones tendientes a la formación de los contratos²⁴. Mediante ellos se persigue consagrar un conjunto neutral de reglas que puedan utilizarse en todo el mundo sin ningún tipo de parcialidad a favor de determinado ordenamiento jurídico y en detrimento de otro²⁵.

Así, por ejemplo, los árbitros internacionales han aplicado o considerado en sus laudos arbitrales, preferentemente, los principios siguientes: de la buena fe y lealtad negocial (artículo 1.7); las normas sobre interpretación de los contratos (artículos. 4.1 al 4.5); obligación de cooperación entre las partes (artículo 5.1.3); excesiva onerosidad o hardship (artículos. 6.2.1 al 6.2.3); suspensión del cumplimiento (artículo 7.1.3); certeza del daño (artículo 7.4.3); atenuación del daño (artículo 7.4.8) e intereses por falta de pago de dinero (artículo 7.4.9)²⁶.

Con el objeto de poder determinar en qué casos los árbitros internacionales podrían aplicar los principios de UNIDROIT, conviene recordar lo

consignado en el propio preámbulo de su formulación, que señala que ellos deben aplicarse cuando las partes hayan acordado en su contrato se rija por ellos²⁷; que pueden aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales de derecho, la “*lex mercatoria*” o expresiones semejantes; cuando las partes no han escogido el derecho aplicable al contrato; para interpretar o complementar el derecho nacional; y como modelo para los legisladores nacionales e internacionales; situaciones que pasamos a estudiar.

5.1. La aplicación de los principios UNIDROIT como “*lex contractus*” al estar expresamente pactados

A diferencia de los tribunales nacionales, los árbitros internacionales no tienen una “*lex fori*” en el sentido de ley de fondo aplicable por el solo hecho que el tribunal está establecido en un determinado país. La elección del lugar del arbitraje no determina la aplicación de la ley de fondo, pero sí la “*lex arbitri*”. Tradicionalmente, las “*leges arbitri*” obligaban a los árbitros a aplicar la ley nacional para determinar la ley de fondo aplicable. Sin embargo, en la actualidad, las leyes de arbitraje modernas, facultan

²³ MAYER, Pierre. “The rol of the UNIDROIT Principles in ICC arbitration practice”. En: *Boletín ICC suplemento especial*, denominado UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. Reflections on their Use in International Arbitration, 2002, p. 111.

²⁴ Pueden consultarse en: www.unidroit.org. Ellos fueron revisados en el año 2004.

²⁵ REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Op. cit.*; p. 195.

²⁶ MAYER, Pierre. *Op. cit.*; pp. 106-107.

²⁷ En el propio texto de la formulación de los principios se sugiere el uso de la siguiente cláusula “*El presente contrato se rige por los Principios UNIDROIT 2004, excepto en lo que respecta a los Artículos*”.

a los árbitros para determinar la ley aplicable.

En la práctica, los tribunales arbitrales cuando las partes han acordado, ya sea en el contrato o en el procedimiento arbitral, que la controversia sea resuelta conforme a los principios de UNIDROIT, aplican éstos. Así, por ejemplo, en un conflicto entre una compañía italiana y una compañía estadounidense que habían celebrado un contrato de representación comercial, en que no había opción de legislación, las partes acordaron que la disputa fuera resuelta de acuerdo con los principios UNIDROIT atemperado por la equidad²⁸. Igualmente, en un conflicto entre un organismo comercial ruso y una compañía de Hong Kong, que celebraron un contrato de venta, donde no pactaron una opción legislativa, las partes una vez surgido el conflicto acordaron que el tribunal arbitral debía aplicar los principios UNIDROIT para resolver cualquier duda que no estuviera expresamente en el contrato²⁹.

Sin embargo, bien podría ocurrir que las partes hubieren elegido como ley aplicable una ley nacional conjuntamente con los principios de UNIDROIT, y si ambos entran en conflicto, el tribunal arbitral deba determinar cual fue la intención de las partes, esto es, qué normativa debe aplicarse preferentemente.

En todo caso, las normas imperativas de la legislación nacional deben prevalecer sobre los principios de UNIDROIT³⁰.

Igualmente, las partes al convenir la aplicación de los principios de UNIDROIT podrían restringir su uso solo para interpretar o complementar los acuerdos contractuales o la ley nacional elegida. Así, por ejemplo, se hizo en el caso ICC número 8331 (1998), en que las partes acordaron que el tribunal arbitral aplicara los acuerdos entre ellas, y en lo que encontrara necesario y apropiado los principios de UNIDROIT³¹.

5.2. La aplicación de los principios de UNIDROIT al pactarse los principios generales de derecho, principios transnacionales, la “*lex mercatoria*” o usos

Si las partes han convenido que sus controversias sean decididas conforme a los principios generales de derecho, principios transnacionales, la “*lex mercatoria*” o usos, sin señalar expresamente la aplicación de los principios de UNIDROIT, corresponde preguntarse si es posible aplicar éstos por parte de los árbitros.

No solo el preámbulo de la formulación de los principios de UNIDROIT

²⁸ Sentencia arbitral de 1 de Diciembre de 1996, de la Cámara Arbitrale Nazionale e Internazionale di Milano, consultada en: www.unilex.info

²⁹ Sentencia arbitral de 20 de enero de 1997, de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio e Industria de la Federación Rusa, consultada en: www.unilex.info

³⁰ R. MICHALES IN S. VOGENAUER & KLEINHEISTERKAMP (eds-). *Commentary on the UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts –PICC-OUP 2009–* para 11, p.86.

³¹ Consultado en: www.unilex.info.

— tal como hemos visto anteriormente— se pronuncia afirmativamente, sino también la doctrina y los propios tribunales arbitrales.

Las partes al convenir la aplicación de principios generales de derecho, principios transnacionales, la “*lex mercatoria*” o usos, lo que busca es escapar muchas veces a la imprecisión de la normativa nacional para solucionar conflictos de comercio internacional; las partes desean elevar el contrato desde un nivel nacional o uno internacional, y que los conflictos sean resueltos conforme a criterios internacionales más que locales; y también suele ocurrir que no están de acuerdo en la aplicación de una normativa nacional específica. En estos casos, la aplicación de los principios de UNIDROIT por parte de los árbitros internacionales, como manifestación de normativa transnacional, se encuentra plenamente justificada. Con todo, en cada caso en particular, deberá desentrañarse la intención de las partes, en el sentido que si al referirse a “*principios generales*” se ha querido expresar una opción negativa, excluyendo la aplicación de los principios de UNIDROIT³².

En el caso CCI número 7110, en que en varios contratos suscritos entre una empresa inglesa y una agencia gubernamental extranjera, relativos a la venta, mantenimiento y operación

de equipos, se contenía una cláusula según la cual las disputas se resolverían conforme a la justicia natural, el tribunal arbitral estimó que la voluntad de las partes había sido excluir la aplicación de cualquier derecho nacional, conviniendo en un arbitraje comercial internacional, justificando la aplicación de los principios UNIDROIT por tener un amplio reconocimiento internacional y reflejar los usos y las prácticas internacionales³³.

Por su parte, en el caso CCI número 8264, en que las partes habían acordado que la ley aplicable fueran la de Algeria, los principios generales de derecho y los usos internacionales, el tribunal arbitral aplicó el artículo 7.4.3 de los principios de UNIDROIT en lo tocante a la certeza del daño y la compensación por pérdida de una expectativa, por considerar que se trata de normas ampliamente aceptadas en los diversos sistemas legales y en la práctica de los contratos internacionales³⁴.

La misma solución ha sido adoptada cuando la referencia en el contrato a los principios generales de derecho, a la “*lex mercatoria*” es combinada con la elección de una ley nacional. Así, por ejemplo, fue resuelto por los árbitros en el conflicto derivado de la construcción del Metro en Atenas, Grecia, donde el contrato estipulaba que la ley nacional elegida debía ser leída, construida e

³² R. MICHELS, in S.VOGENAUER & J.KLEINEISTERKAMP. *Op. cit.*; pp. 88-89.

³³ LEW, Julian. “The Unidroit Principles as Lex Contratus chosen by the parties and without an explicit Choice-of. Law clause: the perspective of Counsel”. En: *Boletín ICC suplemento especial*, denominado UNIDROIT Principales of International Commercial Contracts. Reflections on their Use in International Arbitration, 2002, p. 92

³⁴ Sentencia arbitral comentada por: R. Michels, in S.Vogenauer & J.Kleineisterkamp. *Op. cit.*; p. 88.

implementada conforme a la ley suiza y a los usos internacionales aplicables a los *Joint-Ventures*, donde el tribunal arbitral resolvió aplicar los principios de UNIDROIT³⁵.

Con todo, tratándose de los usos en el comercio internacional, desde el momento que no están expresamente mencionados en el Preámbulo de los principios de UNIDROIT, la referencia a ellos en el convenio arbitral o en las reglas de arbitraje, tal como, por ejemplo, en el artículo 17 de las reglas de la CCI, no debe ser interpretada como una directriz para aplicar dichos principios³⁶. Los usos son solo una práctica habitual entre las partes o los actores de una misma industria. Sin embargo, no son lo mismo que los principios generales de derecho.

5.3. La aplicación de los principios de UNIDROIT frente a la omisión de las partes de señalar la ley aplicable al contrato

Las leyes de arbitraje y las reglas de arbitraje entregan usualmente una amplia discreción al tribunal arbitral para que determine la norma de fondo aplicable. Sin embargo, el nivel de discrecionalidad no es siempre el mismo. Por ejemplo, las

reglas de la CCI, señalan que el tribunal arbitral aplicará la ley que determine más apropiada. Por su parte, las reglas suizas, indican que el tribunal arbitral aplicará la ley respecto a la cual la disputa tenga la más cercana conexión³⁷.

Los árbitros internacionales al determinar el derecho aplicable, frente a la omisión de los contratantes en indicarlo en el contrato, deben responder, tal como lo señala YVES DERAIS, a las legítimas expectativas de las partes, para lo cual el uso de normas neutrales tales como los principios de UNIDROIT constituye una excelente opción³⁸.

Lo anterior no significa que exista una carta blanca para que los árbitros apliquen siempre los principios de UNIDROIT en ausencia de una opción de legislación contenida en el contrato. Como regla, tal como lo consignan los comentarios a dichos principios entregados por sus redactores, el tribunal arbitral deberá determinar, en primer lugar, si existe una particular ley nacional aplicable; si el contrato presenta factores de conexión con varios países, pero ninguno de ellos muestra una conexión que justifique la aplicación de una ley nacional; los principios de UNIDROIT podrán ser aplicados si se puede inferir de las circunstancias que las partes

³⁵ *Ibidem*; p. 88.

³⁶ *Ibidem*; p. 89. En sentido contrario, puede consultarse el caso CCI 10002, de Octubre de 2000, en que la ley de Lituania se aplicó al fondo, sin embargo, el tribunal arbitral indicó en el laudo arbitral dentro de los usos comerciales habituales los principios de UNIDROIT.

³⁷ Artículo 17 -1- de las reglas de la CCI y artículo 33 -1- de las reglas suizas.

³⁸ DERAIS, Yves. "The role of the UNIDROIT Principles in International Commercial Arbitration. A European Perspective". En: *Boletín ICC suplemento especial*, denominado UNIDROIT Principales of International Commercial Contracts. Reflections on their Use in International Arbitration, 2002, pp. 9-20.

quisieron excluir la aplicación de toda ley nacional³⁹.

Con todo, es aconsejable que el tribunal arbitral oiga a las partes acerca de una posible aplicación de los principios de UNIDROIT y que las invite a formular sus presentaciones considerando dichos principios, de modo que la aplicación de los mismos no resulte una sorpresa para las partes, que pudiera constituir una violación del derecho fundamental de las partes a presentar su caso⁴⁰.

Por otro lado, debemos considerar que la aplicación de los principios de UNIDROIT por parte de los árbitros internacionales podría derivar de una elección negativa de ley aplicable. En muchos casos, el contrato no excluye expresamente la aplicación de una ley nacional sino que simplemente guarda silencio; también puede ocurrir que las partes no logren acuerdo respecto a la ley de fondo aplicable, en cuyo caso puede interpretarse como una elección negativa de ley. Cuando un arbitraje involucra a un Estado, los árbitros son más proclives a admitir la elección negativa de ley aplicable, prefiriendo en dicho caso aplicar los principios de UNIDROIT por sobre una ley nacional. Así ha quedado demostrado, por ejemplo, en los casos CCI números 7.110, 7375 y 8261⁴¹.

Igualmente, los principios de UNIDROIT podrían ser empleados como

“*lex contratus*” en el evento que en el contrato se designen dos o más leyes nacionales que se neutralicen entre ellas. En este caso, las partes podrían acordar dividir la elección de ley de fondo, en términos que algunas materias sean resueltas conforme a una ley nacional específica y otras de acuerdo a los principios de UNIDROIT. Fue lo que precisamente ocurrió en el caso ICC número 9479, en que las partes eligieron la ley de Nueva York aplicable solo a cuestiones relativas a la validez del contrato, sin señalar otra ley aplicable a los demás asuntos que se plantearan, en cuyo caso el tribunal arbitral resolvió aplicar el contrato, complementado por los principios de UNIDROIT⁴².

5.4. La aplicación de los principios de UNIDROIT para complementar e interpretar la *lex contratus*

Tal como lo reconoce la Doctrina, el mayor uso que los tribunales arbitrales han dado de los principios de UNIDROIT ha sido como instrumento de interpretación de las leyes nacionales aplicables a un contrato internacional, como auxiliares y complementarios de la ley de fondo aplicable, sin excluir por ello la aplicación de las primeras, sino, por el contrario, ayudando a una aplicación más adecuada al carácter internacional del contrato⁴³.

³⁹ R. MICHELS, IN S.VOGENAUER & J.KLEINEISTERKAMP. *Op. cit.*; p. 91.

⁴⁰ *Ibidem*; p. 92.

⁴¹ MAYER, Pierre. *Op. cit.*; p 111.

⁴² Sentencia Arbitral de Febrero de 1999, publicada en ICC Int I Ct Arb. Bull 67.

⁴³ GARCÍA PUJOL, Ignacio. “La *lex mercatoria* y los principios de UNIDROIT en el arbitraje comercial internacional. Análisis de una nueva tendencia jurisprudencial”. En: *libro Estudios de Arbitraje*. Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 620.

La aplicación de los principios de UNIDROIT para determinar si una cláusula de un contrato es exigible puede resultar muy importante. Por ejemplo, en un contrato de construcción en que se establezca que el contratista no será responsable por el lucro cesante resultante del incumplimiento del contrato, ya sea por culpa o por cualquier otra inobservancia. Cabe preguntarse, cómo podría un tribunal arbitral interpretar esta cláusula si la legislación nacional aplicable nada dice al respecto? El artículo 7 (1) (6) de los principios de UNIDROIT nos dan la respuesta, al establecer que: “[U]na cláusula que limita o excluye la responsabilidad de una parte por incumplimiento o que le permita ejecutar una prestación sustancialmente diversa de lo que la otra parte razonablemente espera, no puede ser invocada si fuere manifiestamente desleal hacerlo, teniendo en cuenta la finalidad del contrato”⁴⁴.

Por otro lado, atendida las características propias de los contratos comerciales internacionales, suele ocurrir que la ley nacional elegida por las partes como ley de fondo aplicable, presente vacíos o sea inadecuada para resolver las diversas cuestiones que se plantean. Así, por ejemplo, en el caso CCI 8486, una empresa turca encargó la compra de la producción de azúcar a una compañía alemana. Sin embargo, la empresa turca no pudo pagar por cambios económicos inesperados en el mercado azucarero de su país. Ello conforme a la ley alemana

permitía declarar terminado el contrato. Sin embargo, el tribunal arbitral, estimó que dentro de un contexto internacional debía prevalecer por sobre la ley alemana aplicable al contrato el principio de la excesiva onerosidad o *hardship*, por verse alterado el equilibrio del contrato por sobrevenir ciertos eventos, reconocido por UNIDROIT⁴⁵.

Igualmente, existen innumerables ejemplos de sentencias arbitrales en que se ha consignado “*obiter dicta*” que la solución adoptada por el derecho nacional refleja un consenso internacional, reconociendo los principios de UNIDROIT. Es así como los tribunales arbitrales han usado especialmente los principios de UNIDROIT como ratificación de las normas de derecho nacional, especialmente en las siguientes materias: en las reglas de interpretación de los contratos (casos CCI 9651 y 10.355), los principios de buena fe negocial (casos CCI 9753 y 10346); del nominalismo monetario (caso CCI 8240); determinación de precios (caso CCI 7819); cuantificación de las pérdidas (caso CCI 9950); pérdida de utilidades (caso CCI 10.346); mitigación de daños (caso CCI 9594); excesiva onerosidad (caso CCI 9994)⁴⁶.

En el ámbito de los arbitrajes del CIADI también han sido empleados los principios de UNIDROIT para complementar la legislación nacional aplicable. Así, por ejemplo, ocurrió en el caso *African Holding Company et al vs.*

⁴⁴ REDFERN, Alan y HUNTER, Martín. *Op. cit.*; p. 198.

⁴⁵ Sentencia arbitral referida en el ICC Bul. 88. año 1999, p. 91.

⁴⁶ R. MICHELS, IN S. VOGENAUER & J. KLEINEISTERKAMP. *Op. cit.*; p. 99.

*Congo*⁴⁷, en que se aplicaron los principios contenidos en los artículos 1.2, sobre la libertad de forma de los contratos, en que no necesariamente deben constar por escrito y 7.1.1., sobre la definición amplia de incumplimiento.

También, cabe consignar que los tribunales arbitrales han empleado los principios de UNIDROIT para complementar e interpretar instrumentos internacionales uniformes. Así, por ejemplo, al interpretar las normas sobre compraventa internacional de mercaderías, el tribunal arbitral aplicó los principios de UNIDROIT como norma complementaria en virtud de los poderes conferidos conforme al artículo 17(1) de las reglas de CCI⁴⁸.

En el mismo sentido pueden consultarse igualmente los laudos arbitrales número 100 de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio y de la Industria de la Federación Rusa, de fecha 19 de Mayo de 2004; y aquel dictado por la Corte Mediadora del Pueblo de Xiamen, China, en el año 2006, en el caso *Xiamen Xiang Yu Group vs. Mechel Trading AG*⁴⁹.

5.5. La aplicación de los principios de UNIDROIT frente a otro tipo de casos y a los arbitrajes de equidad

En la versión revisada de los principios de UNIDROIT del año 2004,

en sus comentarios oficiales, se precisó que los casos indicados en el preámbulo no eran taxativos, de modo que dichos principios también podrían aplicarse a otro tipo de situaciones, como por ejemplo, como “*lex contratus*” si el contenido de la ley nacional aplicable no es posible establecerlo. Igualmente, podrían aplicarse, *verbi gratia*, si el tribunal arbitral decide no aplicar una ley nacional, sino solo las estipulaciones del contrato, el cual no contiene la ley de fondo aplicable y es difícil determinarla por existir conexiones con varias leyes. Así ha sido reconocido en el caso CCI 8261, en la sentencia dictada con fecha 27 de Septiembre de 1996⁵⁰.

Finalmente, cabe consignar que tratándose de los arbitrajes *ex a quo et bono*, en los cuales las partes expresamente facultan al tribunal arbitral para resolver sin la obligación de aplicar el derecho, la extensión de dicha facultad difiere dependiendo del contrato y de la ley nacional aplicable. Al efecto, puede significar que el tribunal arbitral debe aplicar las normas jurídicas de la controversia, pero pasar por alto aquellas que son meramente formalistas; debe aplicar las normas jurídicas aplicables a la controversia, pero puede pasar por alto aquellas que parezcan acarrear efectos demasiado rigurosos o injustos para el caso específico; debe decidir en conformidad con los principios generales de derecho; o puede ignorar por completo las normas jurídicas y decidir el

⁴⁷ Caso ARB 05/21, sentencia arbitral de fecha 28 de Julio de 2008, publicada en: www.icsid.worldbank.org.

⁴⁸ Sentencia Arbitral CCI 8547, que puede consultarse en: www.unidroit.org.

⁴⁹ Estas sentencias pueden consultarse en: www.unilex.info.

⁵⁰ R. MICHELS, IN S.VOGENAUER & J.KLEINESTERKAMP. *Op. cit.*; p. 101.

fondo según entienda el tribunal arbitral. En general, la doctrina rechaza esta última opción, los autores parecen sostener que incluso cuando el tribunal arbitral decida en equidad, debe hacerlo de conformidad con algún principio jurídico generalmente aceptado⁵¹.

Estimamos que los principios de UNIDROIT pueden ser muy útiles para que los árbitros internacionales puedan fundar sus sentencias al resolver *ex a quo et bono*, a pesar que entre los redactores de dichos principios no hubo unanimidad en usarlos con dicho propósito.

6. CONCLUSIONES

Al momento de redactar un contrato comercial internacional es útil tener en consideración no sólo los elementos propios de todo convenio arbitral, sino, especialmente, regular cual debiera ser la ley de fondo aplicable a las disputas que pudieran surgir entre las partes.

Frente a la insuficiencia de las estipulaciones del contrato, la circunstancia que no sea aplicable a la controversia una ley nacional determinada, o a la necesidad de los árbitros internacionales de interpretar las materias objeto de la controversia de forma de cumplir con las expectativas de las partes, entre otros casos, resulta conveniente recurrir a los principios de UNIDROIT, ya que constituyen un conjunto de reglas que bien pueden utilizarse en todo el mundo, sin ningún tipo de parcialidad a favor de determinado ordenamiento jurídico y en detrimento de otro.

Estimamos que el sólido prestigio ganado por UNIDROIT significará a futuro que cada vez veremos recogidos sus principios sobre contratación comercial internacional con mayor frecuencia por los árbitros internacionales frente a las dificultades que muchas veces surgen en determinar el derecho de fondo aplicable.

⁵¹ REDFERN, Alan y HUNTER, Martín. *Op. cit.*; p. 203.

DERECHO NACIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL: APORTES DESDE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL DEL CAM SANTIAGO

ELINA MEREMINSKAYA (*)

SUMARIO: 1. *La compatibilidad normativa débil en la regulación del arbitraje comercial internacional.* 2. *La normativa aplicable a un acuerdo de arbitraje.* 3. *Interpretación de la cláusula arbitral en la jurisprudencia arbitral chilena.* 3.1. *Interpretación del alcance sustantivo de las cláusulas arbitrales.* 3.2. *La extensión de las cláusulas compromisorias a la responsabilidad extracontractual.* 3.3. *Interpretación de una cláusula compromisoria con términos contradictorios.* 3.4. *Cláusula que otorga competencia a distintas instituciones arbitrales.* 4. *El principio de la interpretación útil de las cláusulas arbitrales como una herramienta de compatibilidad normativa débil.*

Este artículo aborda tres aspectos relacionados con la interpretación del acuerdo de arbitraje. En primer lugar, establece un marco teórico que observa el derecho contemporáneo como fragmentado en diversos regímenes jurídicos, los que coexisten heterárquicamente. La emergencia de regímenes jurídicos a-nacionales cuestiona el liderazgo indiscutido de los sistemas

jurídicos creados y sancionados por el Estado. En un escenario de producción normativa descentralizada, mecanismos de coordinación requieren ser introducidos a fin de fortalecer las probabilidades de reconocimiento mutuo y coordinación entre los distintos regímenes jurídicos (1). El arbitraje comercial internacional constituye un campo fuertemente ligado a la práctica de las transacciones

(*) Doctora y Magíster en Derecho (Alemania), Abogada (Rusia), Consejera Especial para el Arbitraje Internacional del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago. Profesora de la Escuela de Graduados de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

comerciales, por lo que su regulación a través de los derechos nacionales se limita a asegurar ciertas garantías mínimas sin las cuales los intereses de los usuarios del arbitraje se verían perjudicados, poniendo en peligro la subsistencia del sistema. Dicho anclaje del arbitraje internacional dentro del derecho nacional es responsable de que en algunos de los casos las leyes nacionales mantengan su primacía, lo que ocurre en particular en relación con la normativa aplicable a la interpretación de un acuerdo de arbitraje (2). Partiendo de la premisa anterior, el artículo da a conocer la experiencia del derecho chileno en materia de interpretación de acuerdos de arbitraje, usando para ello las sentencias arbitrales pronunciadas bajo la ley nacional. Se indaga en la existencia en el derecho chileno de los mecanismos de coordinación que aseguren respeto a la autonomía decisional propia del arbitraje internacional (3). El trabajo cierra con conclusiones acerca de los principios rectores de la interpretación de los acuerdos arbitrales bajo la ley chilena y su aporte a la coordinación de los distintos regímenes jurídicos (4).

1. LA COMPATIBILIDAD NORMATIVA DÉBIL EN LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

El número de los autores contemporáneos que ven en el arbitraje internacional una parte o incluso el pilar fundamental de un ordenamiento jurídico autónomo *sui generis*, va en aumento¹. Esta forma de acercamiento al arbitraje constituye una de las alternativas conceptualmente más atractivas, dado que permite contabilizar las secuelas que el despliegue del arbitraje internacional ha significado para la ciencia jurídica tradicional. Las raíces de ese enfoque se hallan en la teoría de pluralismo jurídico, que postula la existencia de diversos regímenes jurídicos como segmentos autónomos dentro del derecho de la sociedad mundial².

El pluralismo jurídico desafía el pensamiento dogmático tradicional, el que atribuye la creación del derecho exclusivamente a la actividad del Estado en su capacidad de productor de normas del derecho nacional o internacional³. El pluralismo jurídico si bien no pretende

¹ GAILLARD, Emmanuel, *Legal Theory of International Arbitration*, 2010, Boston: Martinus Nijhoff Publishers; Paulsson, Jan, "Arbitration in Three Dimensions", *LSE Law, Society and Economy Working Papers* N° 2/2010 en www.ssren.com; Nottage, Luke, "The Procedural Lex Mercatoria: The Past, Present and Future of International Commercial Arbitration", *Sydney Law School Research Paper* No. 06/51, en www.ssrn.com.

² TEUBNER, Günther, "Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus", *Basler Schriften zur europäischen Integration*, N° 21, *Europainstitut der Universität Basel*, 1996, pp. 3-35; Fischer-Lescano, Andreas y Günther Teubner, *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, 2006, Frankfurt: Suhrkamp; Berman, Paul Schiff, "Global Legal Pluralism", *Southern California Law Review*, 2007, Vol. 80, pp. 1155-1237; Michaels, Ralf, "Global Legal Pluralism", *Annual Review of Law & Social Science*, 2009, Vol. 5, en www.ssrn.com; Zumbansen, Peer, *Transnational Legal Pluralism*, *CLPE Research Paper* N° 01/2010, en www.ssrn.com.

³ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, 2002, México D.F.: UNAM.

negar la existencia de esos regímenes, detecta además la emergencia del derecho supranacional y neo-espontáneo⁴. El primero se genera debido a la proliferación de foros internacionales de solución de controversias a los cuales los Estados les transfieren la toma de decisiones jurídicamente vinculantes, produciéndose con ello una continua “juridización” o “judicialización” de la política internacional⁵. El derecho neo-espontáneo, por su parte, emerge en un estrecho contacto con diversas áreas de actividad de particulares. En el plano comercial, el exponente más importante de un régimen jurídico neo-espontáneo es la *lex mercatoria*, sin perjuicio de lo cual el análisis jurídico distingue a lo menos los regímenes de la *lex sportiva* y la *lex digitalis*⁶.

El derecho neo-espontáneo emerge a partir de usos y prácticas sectoriales,

de principios jurídicos generales o específicos, codificaciones y *restatements* efectuados por organismos académicos privados y semi-privados, y de decisiones arbitrales que recurren a cada una de esas fuentes⁷. En ese escenario, al arbitraje como mecanismo de solución de disputas le corresponde un papel fundamental. Los rasgos específicos de este procedimiento –su carácter voluntario, la facultad para elegir a los árbitros y el control limitado de los tribunales ordinarios– lo transforman en un espacio idóneo para que las comunicaciones jurídicas se desarrollen sin fundarse en derecho nacional, facilitando con ello la consolidación del derecho neo-espontáneo⁸.

El concepto de un régimen jurídico que emerge al margen de los derechos nacionales, supone que éste opera en forma autónoma y puede implementar

⁴ MASCAREÑO, Aldo. “Regímenes jurídicos en la constitución de la sociedad mundial”. En: Raúl Carnevalli (coord.): *Cuestiones de política criminal en los tiempos actuales*, 2009, Santiago: Editorial Jurídica, pp. 13-64.

⁵ ZANGL, Bernhard y Michael ZÜRN, “Make Law, Not War: Internationale und transnationale Verrechtlichung als Baustein für Global Governance”. En ZÜRN, Michael y Bernhard ZANGL, *Verrechtlichung jenseits des Staates - Bausteine für Global Governance*, Bonn: Dietz, 2004; Pondré, Aletta y Bernhard Zangl, “Judicialization in International Security. A Theoretical Concept and some Preliminary Evidence”, *Fifth Pan-European International Relations Conference Constructing World Orders*, La Haya, 9-11 de septiembre de 2004, en www.econpapers.repec.org.

⁶ FOSTER, Ken, “Lex Sportiva and Lex Ludica: the Court Of Arbitration for Sport’s Jurisprudence”, *ESLJ*, 2003, Vol. 3(2); Richard H. McLaren, “Introducing the Court of Arbitration for Sport: The Ad Hoc Division at the Olympic Games”, *Marquette Sports Law Review*, 2001, Vol. 12, pp. 515-542; Beloff, Michael, “Is there a Lex Sportiva?”, *International Sports Law Review*, 2005, pp. 49-60; Calliess, Graf-Peter, “Globale Zivilregimes: Lex Mercatoria und ICANN UDRP”, *Universität de Frankfurt*, www.jura.uni-frankfurt.de/ifaawz1/teubner/Mitarb/Gchtml.

⁷ MEREMINSKAYA, Elina y Aldo MASCAREÑO, “La desnacionalización del derecho y la formación de regímenes globales de gobierno”, en María Dora Martinic (ed.): *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello: Pasado, presente y futuro de la codificación*, 2005, Santiago: Lexis-Nexis, pp. 1391-1427. Para diversas narrativas sobre el surgimiento de la *lex mercatoria* moderna véase Hatzimihail, Nikitas E. “The Many Lives –And Faces– Of Lex Mercatoria: History as Genealogy in International Business Law”, *Law and Contemporary Problems*, 2008, Vol. 71, pp. 169-190.

⁸ CARUSO, Daniela, “Private Law and State-Making in the Age of Globalization”. En: *New York University Journal of International Law and Politics*, 2006, Vol. 39(1), en www.ssrn.com.

las funciones propias del sistema jurídico bastándose para ello sus elementos internos⁹. Sin embargo, dicha autonomía no pretende que sus operaciones se lleven a cabo con total aislamiento de los demás regímenes jurídicos, por ejemplo, los derechos nacionales o del derecho internacional. Más bien, los diversos regímenes jurídicos pueden entrar en contacto, apoyarse mutuamente o colisionar¹⁰.

Bajo estas condiciones, la mejor apuesta del sistema jurídico global consiste en la búsqueda de una *compatibilidad normativa débil*, la que no pretende aniquilar la autonomía de cada uno de los regímenes fijando un rango de jerarquía entre ellos. La compatibilidad normativa débil se traduce en que ciertos institutos legales desarrollen elementos ad-hoc que permitan estabilizar las relaciones entre los regímenes jurídicos en conflicto a través de una coordinación descentralizada. La orientación heterárquica de la compatibilidad normativa débil exige que pueda ser lo suficientemente flexible para observar e incluir las diferencias operacionales entre los distintos regímenes (dimensión fáctica), las distintas expectativas de los actores involucrados (dimensión social) y la naturaleza evolutiva y cambiante de los asuntos conflictivos (dimensión temporal)¹¹.

El arbitraje internacional, asimismo, permite visualizar varios de esos encuentros que se producen en sus diversas etapas. Tales puntos de contacto/colisión se pueden dar, por ejemplo, en relación con la interpretación de un acuerdo de arbitraje, la recusación de árbitros, o con la eficacia de un laudo arbitral. En otras palabras, en cada uno de esos aspectos pueden surgir divergencias entre las decisiones que adopten los actores internacionales (árbitros o instituciones arbitrales) y los tribunales nacionales. Siguiendo esta premisa, debería establecerse una capacidad de cooperación y convivencia de los distintos regímenes jurídicos conectados con el arbitraje comercial internacional.

En materia del arbitraje comercial internacional, uno de esos mecanismos lo constituye el principio *favor validatis* conocido también como *favor arbitrandum*. Se trata de un principio rector que, a partir de su normativización en la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras (Convención de Nueva York), ha predeterminado el desarrollo del derecho arbitral¹². El principio se transforma en un elemento relevante ante las posibles soluciones divergentes que el derecho nacional y neo-espontáneo puedan proporcionar (dimensión fáctica). Aunque la voluntad de las partes de

⁹ WILLKE, Helmut, *Global Governance*, 2007, Frankfurt: Campus Verlag.

¹⁰ BERMAN, Paul Schiff, "Global Legal Pluralism". *Op. cit.*

¹¹ MEREMINSKAYA, Elina y Aldo MASCAREÑO, "Collisions of legal regimes in world society. The umbrella clause as a substantive and procedural mechanism of legal coordination", *Liber Amicorum for Bernardo Cremades*, 2010, España: Wolters Kluwer, *en prensa*.

¹² ARAQUE BENZO, Luis Alfredo. "El principio de favorabilidad del arbitraje". En: TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo. (dir.) *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50° aniversario*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008, pp. 332-341; AGUILAR-ÁLVAREZ, Guillermo y Montt, Santiago. "El derecho aplicable al acuerdo arbitral". En: *Ibíd.*, pp. 168-186.

someter sus disputas al arbitraje no esté necesariamente plasmada de manera impecable¹³, el principio favor validatis permite atender la esencia de sus expectativas (dimensión social). El carácter abierto de este principio permite adoptar soluciones caso a caso, creando a lo largo de tiempo grupos de casos y precisando los criterios empleados (dimensión temporal).

2. LA NORMATIVA APLICABLE A UN ACUERDO DE ARBITRAJE

El arbitraje internacional constituye un método voluntario de solución de disputas que nace de un acuerdo de las partes, a través del cual ellas renuncian al acceso a la justicia ordinaria y se someten a la decisión vinculante de un tribunal arbitral a ser constituido según reglas por ellas establecidas¹⁴. La autonomía de la voluntad constituye el principio rector de la contratación internacional en general, y del arbitraje en particular¹⁵. Por lo anterior, pocas dudas existen en los casos en los cuales las partes hayan determinado, a través de un pronunciamiento explícito, la ley que deba regular el acuerdo arbitral¹⁶.

En cambio, en silencio de las partes, la pregunta por la normativa aplicable a un acuerdo de arbitraje ha recibido en la práctica, a lo menos tres respuestas: la ley del país sede del arbitraje, la ley sustantiva aplicable al fondo de la controversia, y una normativa a-nacional basada en los principios generales de derecho y la presunta intención de las partes¹⁷.

La última opción es aquella favorecida por el derecho francés¹⁸. Sin embargo, su aplicación por parte de los tribunales ordinarios de aquellos países que siguen la normativa basada en la Ley Modelo para Arbitraje Comercial Internacional de la UNCITRAL (LMA) no parece viable, dado que las normas que promueve este instrumento suponen recurrir a una ley, esto es, un derecho sancionado por un legislador nacional: tanto la LMA como la Convención de Nueva York, hacen referencia a una “ley” elegida por las partes. En este contexto, la expresión difiere de aquella usada en el artículo 28 en el que se admite la posibilidad de que las partes escojan “las normas de derecho” aplicable al contrato. Esta última noción admite fuentes normativas que no sean necesariamente una ley nacional, siendo

¹³ Sin embargo, como primer paso de análisis debería verificarse si efectivamente tenían la intención de someterse al arbitraje. Véase Frignani, Aldo, “Drafting Arbitration Agreements”, *Arbitration International*, 2008, Vol. 4, pp. 561-570, p. 567.

¹⁴ BARCELÓ III, John J., “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vanderbilt Journal of Transnatl Law*, 2003, Vol. 36(4), pp. 1116-1136.

¹⁵ CARBONNEAU, Thomas E., “The Exercise of Contract Freedom in the Making of Arbitration Agreements”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, Vol. 36(4), pp. 1189-1232.

¹⁶ Ese sería típicamente el caso cuando el acuerdo de arbitraje está incluido en un documento separado, celebrado usualmente con posterioridad al surgimiento de la disputa. Berger, Klaus Peter, “Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law - Consensus or Confusion?”, en Jan van den Berg (ed.), *International Arbitration 2006: Back to Basics?*, I.c.c.a. Congress Series 2006, Kluwer Law International, 2007, pp. 301-334, p. 307.

¹⁷ AGUILAR-ÁLVAREZ, Guillermo y Santiago MONTT. “El derecho aplicable al acuerdo arbitral”. *Op. cit.*; pp. 171-173.

¹⁸ BERGER, Klaus Peter, “Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law - Consensus or Confusion?”. *Op. cit.*; pp. 308 y ss.

posible pactar, por ejemplo, la aplicación de principios generales de derecho o de *lex mercatoria*¹⁹.

El artículo 7 de la LMA que define el acuerdo de arbitraje, determina, en primer lugar, los elementos de forma que dicho acuerdo debe cumplir. Tratándose de un instrumento de armonización de derecho, que por lo demás sigue la normativa de la Convención de Nueva York, el examen de los requisitos formales de un acuerdo arbitral a lo largo de diversas jurisdicciones debería transcurrir con bastante facilidad en base a las mismas disposiciones citadas²⁰.

En cambio, el artículo 7 de la LMA no resuelve el asunto de la ley aplicable a tal acuerdo para los efectos de su interpretación o determinación de los aspectos de su validez sustantiva. Este último aspecto es referido por otras cuatro disposiciones de la Ley. La tabla siguiente resume las soluciones que brindan estos preceptos en materia de la ley aplicable a la validez del acuerdo arbitral:

En términos del derecho internacional privado, nos encontramos con tres disposiciones atributivas (artículos 8, 34 y 36), cuyos destinatarios son los tribunales ordinarios. El cuarto precepto es dirigido al tribunal arbitral (artículo 16 de la LMA), el que por no formar parte del sistema estatal de administración de justicia carece de sus propias normas de conflicto²¹.

La principal interrogante que surge en el marco de los artículos 8, 34 y 36 de la LMA dice relación con el alcance de la estipulación que hace primar el pacto de las partes respecto de la ley aplicable por sobre la normativa del país sede del arbitraje. En particular, cabe precisar si tal pacto debe efectuarse en forma explícita o si un acuerdo de las partes sobre la ley aplicable al contrato bastaría para esos efectos. Mientras que la tradición jurídica del Civil Law se inclina a entender que la elección tácita

Norma	Ley aplicable	Carácter	Destinatario
Art. 8	No indica	Atributiva, sin factor de conexión	Tribunal ordinario
Art. 16	No indica	Atributiva o material por la vía directa	Tribunal arbitral
Art. 34	Lex voluntatis o lex fori	Atributiva, con factores de conexión subsidiarios	Tribunal ordinario
Art. 36	Lex voluntatis o lex arbitri	Atributiva, con factores de conexión subsidiarios	Tribunal ordinario

¹⁹ MARRELLA, Fabrizio. "Choice of Law in Third-Millennium Arbitrations: The Relevance of the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts". *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. Vol. 36, 2003, pp. 1137-1188.

²⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, "Validez del acuerdo arbitral bajo la Convención de Nueva York: Un ejercicio conflictual". En TAWIL, Guido S. y ZULETA, Eduardo (dir.) *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*. Op. cit.; pp. 413-432, p. 419.

²¹ BERGER, Klaus Peter. "Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?". Op. cit.; p. 305.

es inadmisibles, debiendo primar la ley de la sede, los tribunales de los países del Common Law se orientan a favor de la solución contraria²². Cualquiera que sea la respuesta más adecuada, los estudios empíricos muestran que la elección de una ley nacional se produce aproximadamente en un 80 por ciento de los arbitrajes internacionales²³. Por lo tanto, en una gran mayoría de los casos, la normativa aplicable al acuerdo de arbitraje sería una ley nacional: la ley sustantiva de la sede de arbitraje o aquella aplicable al fondo de la disputa.

Por último, cabe preguntar si, en el marco del análisis de su propia competencia bajo el artículo 16 de la LMA, un tribunal arbitral debería seguir los mismos criterios que los formulados para los tribunales ordinarios²⁴. La disposición no plantea ninguna solución respecto de la ley aplicable. De ello se sigue que, en búsqueda de una interpretación armónica parece conveniente que el tribunal arbitral se atenga a las mismas pautas estipuladas

en el artículo 34 de la LMA²⁵. Sin embargo, al no ser esta norma dirigida a los tribunales arbitrales, permite salvaguardar la autonomía decisional de éstos, admitiendo que se escoja la ley nacional que estime más apropiada o que incluso recurra a una normativa a-nacional²⁶. Dos elementos adicionales que tienen sus raíces en el principio favor arbitrandum fortalecen dicha autonomía del tribunal arbitral. El primero de ellos es el artículo 4 de la LMA, acorde al cual una parte perdería su derecho a invocar la nulidad del acuerdo de arbitraje ante la justicia ordinaria si es que esto no lo hace en el marco del proceso arbitral en los términos establecidos en el artículo 16.1 de la LMA²⁷. El segundo elemento está contemplado en el carácter discrecional de las causales para la denegación del reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, que ha permitido que los laudos anulados en el país de origen tengan eficacia en otras jurisdicciones²⁸. Asimismo, a falta de una indicación expresa en el artículo

²² AGUILAR-ÁLVAREZ, Guillermo y MONTT, Santiago. "El derecho aplicable al acuerdo arbitral". *Op. cit.*; p. 172.

²³ DRAHOZAL, Christopher R. "Competing and Complementary Rule Systems: Civil Procedure and ADR - Contracting Out of National Law: An Empirical Look at the New Law Merchant", *Notre Dame Law Review*, 2005, Vol. 80(2), pp. 523-552.

²⁴ BERGER, Klaus Peter. "Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law – Consensus or Confusion?". *Op. cit.*; pp. 305-306. Sin embargo, los tribunales ingleses recientemente han adoptado la postura de privilegiar para esos propósitos la ley de la sede del arbitraje: Bantekas, Ilias, "The Proper Law of the Arbitration Clause: A Challenge to the Prevailing Orthodoxy", *Journal of International Arbitration*, 2010, Vol. 27(1), pp. 1-8.

²⁵ AGUILAR-ÁLVAREZ, Guillermo y MONTT, Santiago. "El derecho aplicable al acuerdo arbitral". *Op. cit.*; p. 172.

²⁶ Véanse laudos arbitrales que deciden en este sentido para determinar la normativa sustantiva aplicable, autorizados por la norma reglamentaria de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) para elegir el derecho que estimen apropiado: CCI 15089, CCI 11265, CCI 10385, CCI 9875 en www.unilex.info.

²⁷ Caso CLOUT 637, Federación de Rusia, Presidium del Tribunal Supremo de la Federación de Rusia, 24 de noviembre de 1999, en www.uncitral.org.

²⁸ PAULSSON, Jan. "Arbitration in Three Dimensions". *Op. cit.*; p. 12.

16 de la LMA, la decisión del tribunal arbitral sería amparada por sus facultades discrecionales y no podría configurar la causal de su responsabilidad²⁹.

Ahora bien, las normas recién analizadas hacen referencia a la normativa aplicable a la validez del acuerdo de arbitraje. Surge la pregunta si esta normativa es la misma que rige su interpretación. En esto contexto se perfilan dos alternativas. La primera conduce a una respuesta afirmativa y tiene como consecuencia que el convenio arbitral pueda ser interpretado bajo una normativa distinta a la que es aplicable al resto del contrato. La segunda consiste en que la interpretación de la cláusula compromisoria sea efectuada bajo las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo de la controversia. En este último caso, incluso un tribunal ordinario podría verse ante la situación de tener que interpretar un acuerdo de arbitraje bajo una normativa a-nacional. Si bien las disposiciones de la LMA no reconocen fuentes a-nacionales de derecho como competentes para regir la validez de un acuerdo de arbitraje, sí lo hacen en cuanto a la normativa aplicable al fondo del asunto (artículo 28 de la LMA). Con ello, la interpretación de sus diversas cláusulas, inclusive de la cláusula compromisoria, puede efectuarse de acuerdo a las normas jurídicas a-nacionales designadas por las partes como aplicables. Bajo esta premisa,

en el evento que la normativa sustantiva pactada por las partes sea la ley nacional de un país (o incluso si fuera normativa a-nacional) y la sede de arbitraje se sitúe en otro país, se produciría una situación de *dépeçage* con respecto al acuerdo de arbitraje. En particular, su validez se regiría por una ley distinta a la ley aplicable a su interpretación. En otras palabras, se deberá determinar la existencia de un acuerdo de arbitraje válido bajo una ley para que éste pueda ser interpretado a la luz de una normativa distinta.

Cualquiera que sea la opción escogida por el intérprete, el principio favor validatis mantiene su vigencia para la operación de la interpretación. La aplicación de este principio en la etapa de interpretación conducirá a que a los términos de una cláusula compromisoria se les brinde un significado concordante con la presunta voluntad de las partes, esto es, la de concentrar todas sus disputas en un foro arbitral, imparcial y especializado, sin que el acceso a éste pudiese verse mermado por eventuales incoherencias de redacción³⁰.

3. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL CHILENA

Los planteamientos anteriores no pueden perder de vista que el recurso

²⁹ WESTON, Maureen A. "Reexamining Arbitral Immunity in an Age of Mandatory and Professional Arbitration", *Minnesota Law Review*. Vol. 8, 2004, pp. 449-517; MOBERLY, Michael D., "Immunizing Arbitrators From Claims for Equitable Relief", *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, Vol 5, 2005, pp. 325-358.

³⁰ BORN, Gary B., "Interpretation of International Arbitration Agreements" en B. BORN. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2009, pp. 1060-1124.

a una normativa a-nacional para la interpretación de un acuerdo de arbitraje sólo podrán tener cabida en los casos de no haberse pactado la aplicación de un derecho nacional. Como se vio con anterioridad, la opción de las partes por una ley nacional sigue siendo la solución mayoritaria para determinar la normativa aplicable a un contrato. Frente a la aún válida e innegable importancia del derecho nacional para el arbitraje internacional³¹, esta sección busca analizar cómo la interpretación de un acuerdo de arbitraje se efectúa en el derecho chileno.

En el derecho comparado, la aplicación del principio favor arbitrandum a la interpretación de las cláusulas arbitrales es proclamado por la jurisprudencia, de acuerdo a la política legislativa del país favorable al arbitraje.³² En el derecho chileno, dicho principio tiene cabida a través de los valores jurídicos plasmados en la Convención de Nueva York y la LMA. Sin embargo, la norma carece de una positivización explícita, por lo que interesa indagar en el grado de aceptación que ha tenido en el

sistema jurídico chileno, y en particular, su nivel de acogida por la práctica arbitral. El siguiente análisis se basa en la jurisprudencia arbitral pronunciada por los árbitros del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago (CAM Santiago)³³.

3.1. Interpretación del alcance sustantivo de las cláusulas arbitrales

El primer caso en análisis entrega un ejemplo de interpretación del alcance sustantivo de la cláusula arbitral. En este, la sociedad XX interpuso demanda en contra de la Asociación ZZ por incumplimiento contractual³⁴. El contrato tenía por objeto que XX estudiara, proyectara y ejecutara un proyecto de generación hidroeléctrica. XX alegaba que la conducta de ZZ habría violado la protección legal del secreto empresarial, por lo que le reprocha: i) el no haber evitado de mala fe que se cumplieran las condiciones resolutorias negativas; ii) el desconocimiento de los derechos de propiedad de XX sobre el proyecto;

³¹ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. "Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral", *Lima Arbitration*. Vol. 2, 2007, pp. 25-62.

³² BORN, Gary B. *Op. cit.*; BERGER, Klaus Peter, "Re-examining the Arbitration Agreement: Applicable Law - Consensus or Confusion?". *Op. cit.*; pp. 311-313; para las reglas de interpretación de la voluntad de las partes en derecho peruano véase SOTO COAGUILA, Carlos Alberto. *Reglas de Interpretación de los Contratos Predispuestos en el Derecho Peruano*. En: Carlos Soto Coaguila (dir). *Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina*, Tomo III. Lima: Grijley, 2007, pp. 2031-2080.

³³ Sentencias del CAM Santiago están disponibles en www.camsantiago.com. El Centro ha publicado cinco volúmenes de jurisprudencia arbitral dictada por sus árbitros dejando en completo anonimato la identidad de las partes involucradas en los procesos. Los fallos arbitrales citados a continuación forman parte de estas compilaciones y para referirse a las partes involucradas en los arbitraje se usarán las mismas siglas que en los textos publicados.

³⁴ Rol N° 943, 12 de agosto de 2009, árbitro José Tomás Errázuriz Grez, *Sentencias Arbitrales: Evolución contractual en la jurisprudencia arbitral*, 2010, Santiago de Chile: Salesianos, pp. 589-622.

iii) la oposición ante la Dirección General de Aguas (DGA) a la solicitud de derechos de aguas presentada por la actora; y iv) el haber presentado ante esa agencia la misma solicitud de derechos de aguas en cooperación con otras dos entidades. Solicita se declare la nulidad absoluta de ciertos actos realizados ante la DGA y se condene a ZZ al pago de una indemnización de perjuicios por el incumplimiento contractual. La Asociación ZZ opuso una excepción de incompetencia del tribunal arbitral, alegando que no tenía facultades para pronunciarse sobre la nulidad absoluta de los actos realizados por ZZ ante la DGA, dado que ésta materia no estaba expresamente contemplada dentro de la competencia del tribunal arbitral.

El alcance sustantivo de la cláusula compromisoria incluida en el Acuerdo celebrado entre las partes era el siguiente: “Las partes acuerdan someter a arbitraje toda cuestión, controversia o diferencia relativa a la interpretación, cumplimiento, incumplimiento u otra materia del presente Acuerdo o derivada de él, que no puedan resolver por tratativas directas”.

El tribunal arbitral sostuvo que en un contrato como el presente que –en principio– tenía una duración de 30 años, podían ocurrir múltiples contingencias que “se ‘deriven’ y generen efectos respecto de la interpretación, cumplimiento, incumplimiento u otras materias relacionadas con los derechos y obligaciones asumidos entre las partes al momento de contratar. Así las cosas, todas esas cuestiones anexas o derivadas, aparentemente indirectas, pero estrechamente relacionadas al tenor de lo pactado por las partes,

deben considerarse incluidas dentro de la Cláusula Compromisoria transcrita” (Considerando N° 4). A juicio del tribunal arbitral, resultaría un despropósito asumir que las partes al momento de estipular la cláusula compromisoria podían considerar todas y cada una de las conductas, actos u omisiones que debiesen ser incorporados como materias del arbitraje.

Por lo demás, una cláusula compromisoria no escapaba a los efectos jurídicos previstos en los artículos 1.545, 1.546 y 1.560 y siguientes del Código Civil, relativos a la interpretación de los contratos, “de manera que si las partes pactaron en forma amplia la facultad de que el Tribunal Arbitral conociera de una diversidad de materias relacionadas con el Acuerdo, incluyendo aquellas que ‘deriven’ de él, asumiendo con ello una especie de regla de extensión de la competencia arbitral; y si a ello se agrega que para interpretar dicho pacto arbitral debe estarse más a la intención de las partes que al tenor literal de las palabras utilizadas, entonces alegar la incompetencia constituye una inobservancia a la misma Cláusula Compromisoria y, de alguna manera, una contravención al acto propio de quien alega su improcedencia” (Considerando N° 4).

En cuanto a la objeción de que el tribunal no podía entrometerse en la competencia de la DGA, el fallo analiza lo dispuesto en el Artículo 130 del Código de Aguas, acorde al cual la DGA es el órgano que resuelve controversias sobre adquisición o ejercicio de los derechos de aprovechamiento. Sin embargo, la solicitud cuya nulidad se alega por XX no supone ni conlleva la

adquisición o titularidad del derecho de aprovechamiento de aguas que se haya adquirido, pues éste sólo se solicita. De manera que, a juicio del tribunal, en el caso sub lite no opera la competencia de la DGA.

En mérito de las razones precedentes, la excepción dilatoria de incompetencia absoluta del tribunal arbitral fue rechazada (Considerando N° 5).

3.2. La extensión de las cláusulas compromisorias a la responsabilidad extracontractual

La jurisprudencia arbitral chilena ha entendido que, a falta de una estipulación específica, no puede ser la intención de las partes extender las cláusulas compromisorias a la responsabilidad por ilícitos civiles, aunque los hechos subyacentes en tal responsabilidad estén relacionados con el vínculo contractual que una a las partes. Así, un tribunal arbitral acogió la excepción de incompetencia, rechazando una demanda reconvencional basada en que la parte contraria habría realizado una campaña de desprestigio de la demandante reconvencional entre los círculos empresariales de una determinada región de Chile. El tribunal arbitral señaló que, acorde a la cláusula compromisoria, su competencia estaba limitada a cuestiones relacionadas con el cumplimiento y ejecución del contrato de compraventa de manzanas de exportación,

objeto de la controversia. La mención a “...cualquier otro motivo...” que contiene dicha cláusula para definir la competencia del tribunal, “por muy amplia que sea la interpretación que se le quiera dar, no puede comprender cuestiones extracontractuales surgidas entre las partes, cual es el caso de un reclamo por indemnización de daño moral derivado de un delito civil imputado al demandado reconvencional” (Considerando N° 13)³⁵.

En otro caso, recaído en una controversia sobre el incumplimiento de un contrato de distribución de cigarrillos, tanto la parte demandante principal como reconvencional habían demandado, en subsidio, una indemnización por responsabilidad extracontractual³⁶. El demandante principal, el distribuidor señor XX, alegaba que la conducta ilícita de su contraparte ZZ, en la que habría incurrido durante la ejecución del contrato, equivalía, asimismo, a un ilícito civil. Al mismo tiempo, la sociedad ZZ fundaba su demanda reconvencional en que el señor XX no era capaz de acreditar las imputaciones efectuadas en su contra, por lo que “deberá hacerse cargo de las consecuencias de haber vertido esas serias y graves acusaciones en contra de ZZ” (Visto N° 9). Mientras que ZZ en la contestación de la demanda entró a discutir las distintas causales de responsabilidad extracontractual, el señor XX interpuso, frente a la demanda subsidiaria de ZZ, una excepción de incompetencia del tribunal arbitral.

³⁵ Rol N° 705, 26 de agosto de 2008, árbitro Antonio Bascuñán Valdés, *Sentencias Arbitrales: Evolución contractual en la jurisprudencia arbitral*. Op. cit.; pp. 487-539.

³⁶ Rol N° 811, 24 de agosto de 2009, árbitro Francisco Ruíz-Tagle Decombe, *Ibid.*, pp. 633-655.

El tribunal arbitral rechazó la demanda subsidiaria de XX “por carecer en forma manifiesta de fundamentos de hecho y de derecho que la sustenten” (Considerando N° z.bb). Al resolver sobre la acción reconvencional de naturaleza extracontractual impetrada por ZZ, el tribunal arbitral sostuvo que su jurisdicción tenía carácter excepcional y no se extendía a asuntos de esta índole. A continuación aclaró una aparente contradicción entre su decisión de pronunciarse acerca de la acción extracontractual formulada por el señor XX y no pronunciarse acerca de la presente acción extracontractual planteada por ZZ. La razón de ello “radica en que la demandada principal –al contestar la demanda por responsabilidad extracontractual deducida por el señor XX– confirió jurisdicción y competencia al suscrito para conocer y resolver la misma” (Considerando N° z.ii).

3.3. Interpretación de una cláusula compromisoria con términos contradictorios

El siguiente caso es un ejemplo de una cláusula arbitral que contiene términos contradictorios, en particular, en cuanto a la calidad del árbitro. En este arbitraje³⁷, la sociedad extranjera XX dedujo demanda contra la sociedad chilena ZZ por el incumplimiento contractual de dos Contratos de Venta de Pasajes Internacionales, con indemnización de perjuicios. En virtud de los contratos, la empresa ZZ tenía que poner a disposición de XX una determinada embarcación marítima para que ésta pudiera organizar

y comercializar cruceros en el sur de Chile. Dicha nave no había sido construida al momento de la celebración del contrato, y la imposibilidad de contar con ella le habría sido comunicada por ZZ a menos de tres meses del primer viaje previsto.

Las cláusulas contractuales relativas a solución de controversias, a primera vista, contenían términos incompatibles, dado que una de ellas proclamaba que la ejecución y cumplimiento de los contratos debía hacerse conforme a las leyes vigentes en la República de Chile. Al mismo tiempo, en la cláusula siguiente se facultaba al tribunal arbitral compuesto por un árbitro único, para actuar en calidad de árbitro arbitrador o amigable componedor. La parte demandada planteaba que la controversia debía resolverse derechamente conforme a la ley chilena. Frente a ello, el árbitro pasó revista de las normas chilenas que definen las facultades del árbitro arbitrador para fallar sin sujeción estricta a las leyes y obedeciendo únicamente lo que su prudencia y equidad les dictaren (artículos 223 del Código Orgánico de Tribunales y 636 del Código de Procedimiento Civil). El fallo destaca que, acorde a la doctrina y jurisprudencia, la equidad y la ley serían dos formas excluyentes de hacer derecho, lo que en el caso de los arbitradores significaba que estaban facultados incluso para fallar en contra de ley expresa.

A pesar de esta extrapolación de los dos conceptos, el tribunal arbitral hizo un esfuerzo por conciliarlos de conformidad con la presunta intención de las partes y buscando darle un efecto útil

³⁷ Rol N° 649, 26 de junio de 2007, árbitro Javier Carvallo Pardo, *Ibíd.*, pp. 256-2889.

a la norma. Así sostuvo que la “supuesta contradicción es más aparente que real, ya que la manera correcta de integrar las dos disposiciones en comento, sin contravenir la voluntad de las partes, pasa por señalar que si bien las facultades de este Árbitro para fallar en equidad son indisputables, su decisión tendrá que basarse en los *principios* que informan el ordenamiento jurídico chileno y los límites de su función jurisdiccional estarán dados por el debido respeto a las normas de orden público substantivas chilenas” (Considerando N° 5). Finalmente, concluyó que la sentencia deberá arribar a la “solución que este Árbitro considere más justa y prudente, sobre la base de los principios que informan el ordenamiento jurídico chileno y con la debida sujeción a sus normas substantivas de orden público” (Considerando N° 6).

3.4. Cláusula que otorga competencia a distintas instituciones arbitrales

En otra ocasión, el tribunal arbitral tuvo que decidir acerca de su competencia enfrentado con la cláusula compromisoria que establecía procedimientos arbitrales bifurcados, dependiendo de la cuantía del asunto disputado³⁸. En particular, las desavenencias, cuya cuantía superaría los 300.000 dólares de EE.UU., tendrían que ser resueltas de acuerdo al Reglamento de la CCI. En cambio, las disputas por una cuantía inferior o de cuantía indeterminada, se someterían al CAM Santiago. La sociedad XX solicitó la constitución del

arbitraje al CAM Santiago para que el tribunal arbitral declarara que ésta no ha incurrido en los incumplimientos alegados por la otra parte, la sociedad ZZ. A su parecer, se trataba de una disputa de cuantía indeterminada. Unos días más tarde, la parte de la sociedad ZZ presentó una solicitud de arbitraje ante la CCI, cuantificando los daños y perjuicios en la suma de, a lo menos, de US\$ 2.950.000.

El tribunal arbitral resaltó que “la estructura de la cláusula compromisoria implicaba que las partes previeron la existencia de dos tribunales arbitrales diferentes según la cuantía del pleito”. Sin embargo, las cuestiones que XX pretendía plantear en su demanda correspondían a sus defensas frente a las acusaciones presentadas por ZZ en el arbitraje de la CCI, cuya cuantía no era indeterminada. Con ello, el tribunal finalmente concluyó que carecía de competencia “no sólo para entrar a conocer de asuntos de cuantía superior a US\$ 300.000, sino también, carece de competencia para juzgar asuntos de cuantía indeterminada que sean conexos con cuestiones de cuantía superior a dicha suma”. Por esta razón, el tribunal arbitral constituido por el CAM Santiago declinó la competencia.

En la interpretación de esta cláusula arbitral, el tribunal tuvo que determinar el significado del término “cuantía indeterminada”. Se concluyó que este concepto no dependía únicamente de la calificación efectuada por la futura demandante, sino que tenía un cierto asidero fáctico, esto es, su relación con los

³⁸ Rol N° 784, 4 de diciembre de 2007, árbitro Juan Carlos Dörr Zegers, sentencia arbitral sin publicar.

alegatos planteados en un juicio arbitral paralelo. En este caso en particular, la declinatoria de la competencia no se traduce en una denegación de justicia, sino que más bien, permite consolidar las controversias en un solo foro: el foro competente de acuerdo a lo pactado por las mismas partes.

4. EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACIÓN ÚTIL DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES COMO UNA HERRAMIENTA DE COMPATIBILIDAD NORMATIVA DÉBIL

Las sentencias presentadas en la sección anterior tienen en común el mismo enfoque que orienta el proceso de interpretación de las cláusulas arbitrales. En particular, apuntan a detectar la verdadera autonomía de las partes, reconciliando los términos de las cláusulas arbitrales con el fin de arribar a una solución eficaz y armónica en cada caso en particular. Así, la interpretación de las cláusulas compromisorias bajo el derecho chileno ha permitido: i) que en los fallos citados se interpretara ampliamente la alusión a las materias “que se deriven del contrato”; ii) que si bien existe la convicción que las cláusulas compromisorias, incluso aquellas amplias, no reflejan la intención de las partes de incluir en la órbita arbitral los asuntos de naturaleza extracontractual, se ha admitido una ampliación ex post del alcance sustantivo de la competencia del tribunal arbitral a través de la sumisión voluntaria de las partes por la vía del intercambio de demanda y contestación; y iii) que se ha procedido a reconciliar

los términos contradictorios de cláusulas arbitrales.

La experiencia del derecho nacional chileno con la interpretación de las cláusulas arbitrales constituye una manifestación del principio de interpretación útil de las cláusulas contractuales, la que en el ámbito de arbitraje se traduce en una interpretación conducente al arbitraje: el principio favor arbitrandum. La jurisprudencia aquí citada pertenece tanto al ámbito de arbitraje nacional como internacional. A pesar de esta distinción, los casos son fallados de acuerdo a la ley chilena y las interpretaciones que se realizan son semejantes en su esencia.

El *favor arbitrandum* se ha transformado en un principio rector del derecho arbitral, común a un importante número de legislaciones nacionales e instrumentos internacionales. Desde esta perspectiva, el derecho chileno se encuentra bien encaminado, en tanto dispone de las herramientas jurídicas necesarias para que un acuerdo de arbitraje pudiese ser interpretado bajo ese principio. En la interpretación de un acuerdo de arbitraje, el énfasis se pone en las expectativas que las partes han tenido al momento de contratar y escoger el arbitraje como método de solución de las disputas. Por lo anterior, la interpretación acorde al principio favor arbitrandum se encuentra a disposición de los tribunales arbitrales internacionales, cuyo cometido pueda incluir el de aplicar las leyes de Chile. Con ello, el derecho chileno brinda una solución acorde a aquellas producidas en el derecho neo-espontáneo de la *lex mercatoria*, este último fuertemente orientado hacia las expectativas de las

partes en desmedro de los tecnicismos propios de sistemas jurídicos nacionales. A pesar de que la normativa aplicable sería la de un derecho doméstico distinto a la *lex mercatoria* (dimensión fáctica), la posibilidad de alcanzar una solución adecuada (dimensión temporal)

permitiría compatibilizar las distintas expectativas de los actores involucrados (dimensión social). De esta manera, el principio favor *arbitrandum* se transforma en una herramienta para alcanzar la compatibilidad normativa débil entre los diversos regímenes jurídicos.

LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE A TERCEROS:

REALIDADES ECONÓMICAS Y FICCIONES JURÍDICAS

FRANCISCO ORREGO VICUÑA (*)

SUMARIO: 1. *En búsqueda de la realidad económica subyacente al acuerdo de arbitraje.* 2. *De filial ficticia a sociedad matriz real: extensión del acuerdo de arbitraje.* 2.1. *Identificando las excepciones a la personalidad societaria.* 2.2. *Control integral de la sociedad matriz.* 2.3. *Compatibilidad con el orden público.* 3. *De sociedad matriz a filial operativa: no extensión del acuerdo de arbitraje.* 3.1. *Inexistencia de un acuerdo de arbitraje respecto a la filial.* 3.2. *Ausencia de intención vinculante.* 3.3. *Inaplicabilidad de las teorías jurídicas comunes.* 3.4. *Solución del Derecho Suizo.* 3.5. *Vinculación operativa e interés económico sustantivo.* 4. *Extensión del acuerdo de arbitraje a inversiones indirectas.* 4.1. *Realidad de los vehículos de inversión y acuerdo de arbitraje.* 4.2. *Interpretación de los tratados a la luz de la práctica estatal.* 4.3. *El punto de quiebre de la cadena societaria y la extensión del acuerdo de arbitraje.* 5. *Una realidad económica prevalenciente.*

1. EN BÚSQUEDA DE LA REALIDAD ECONÓMICA SUBYACENTE AL ACUERDO DE ARBITRAJE

Tres casos recientes en los que este autor ha tenido el privilegio de participar, cuya identificación debe permanecer anónima por causas de confidencialidad, revelan algunas crecientes complejidades relativas a la extensión de la cláusula de

arbitraje a terceros, tanto cuando ella se acoge como cuando se rechaza. Dos de los casos corresponden a procedimientos ante la Cámara Internacional de Comercio, en tanto que el tercero corresponde a un arbitraje bajo las reglas de UNCITRAL.

Podrá observarse que el problema de fondo en los tres casos, como en la mayoría en que esa materia se suscita, radica en determinar primero cuál es el

(*) Profesor de la Facultad de Derecho y del Instituto de Estudios Internacionales de la Universidad de Chile. Presidente del Instituto de Derecho Internacional.

interés real que debe vincularse mediante acuerdo de arbitraje, lo que significa en definitiva identificar la realidad económica subyacente a la relación contractual. Simultáneamente deberá determinarse, si acaso ese interés debe prevalecer sobre ficciones jurídicas que se originan en parte en cuestiones de la personalidad jurídica de las sociedades y, también en parte, en materias tales como nacionalidad y otras. Toda conclusión de un tribunal deberá en definitiva basarse en estas consideraciones.

El problema fue bien identificado en el caso *GOETZ C. BURUNDI*, en el que el se sostuvo que: “...*le Tribunal observe que la jurisprudence antérieure du CIRDI ne limite pas la qualité pour agir aux seules personnes morales directement visées par les mesures litigieuses mais l'étend aux actionnaires de ces personnes, qui sont les véritables investisseurs*”¹.

2. DE FILIAL FICTICIA A SOCIEDAD MATRIZ REAL: EXTENSIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

En el primer caso CCI una compañía colombiana recurrió al arbitraje en contra de una empresa multinacional establecida en Venezuela. Sostuvo el demandado que el contrato que contenía la cláusula había sido firmado por una sucursal del reclamante constituida en Venezuela, por lo que el demandante no podía ejercer la acción en contra de ese demandado. Para

el demandante, en cambio, esa sucursal no era una persona jurídica independiente del reclamante sino solamente una entidad filial constituida en conformidad a la ley de Venezuela.

Por otra parte, afirmaba el demandado que la empresa contra la que se ejercía la acción tampoco era signataria del contrato y, por consiguiente, no podía verse obligada por la cláusula de arbitraje. El signatario era una entidad diferente, con personalidad jurídica enteramente independiente, lo que impedía al tribunal extender los efectos del acuerdo de arbitraje a ese tercero.

El demandante argumentaba que la competencia del tribunal debía extenderse a ambas entidades por estar indisolublemente vinculadas. Además, la entidad signataria era una mera pantalla, que carecía de los elementos esenciales de una sociedad independiente. En todo momento, se afirmaba, el demandante había tratado con la sociedad multinacional que se demandaba y no con una entidad irrelevante, quizás creada para afectar los intereses del reclamante.

Curiosamente, también el demandante había operado para los efectos del contrato mediante una agencia constituida en Venezuela. Sin embargo, este punto no fue difícil de resolver pues, como es el caso frecuente, el Código de Comercio de Venezuela dispone en su artículo 354º, párrafo 2, que las

¹ *Antoine Goetz et consorts v. Republique du Burundi, Sentence*, 1999, International Centre for Settlement of Investment Disputes, 15 *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal* (2000), p. 457.

sucursales de sociedades constituidas en el extranjero, como también algunas otras actividades comerciales, mantienen su nacionalidad y serán consideradas domiciliadas en el país. Esa y otras disposiciones confirmaban que tales sucursales eran meras extensiones de la sociedad matriz, por lo cual, el tribunal acogió el argumento del demandante en cuanto a ser la entidad matriz la que tenía el control real de la relación contractual y podía entonces ser propiamente quien ejerciese la acción.

Quien era el demandado apropiado, era una materia más compleja de resolver. Es bien conocida la abundante literatura y jurisprudencia sobre la responsabilidad de grupos de sociedades, las relaciones entre matriz y filial y todas sus combinaciones². Diferentes son los criterios que se han invocado para admitir o rechazar esas conexiones y sus eventuales consecuencias jurídicas, particularmente en cuanto a la extensión de la cláusula de arbitraje³.

La regla en esta materia ha sido y continúa siendo que los jueces y

árbitros deben respetar las personalidades jurídicas diferentes y, por consiguiente, que la cláusula de arbitraje solo tendrá efectos respecto de las partes en el contrato. Sin embargo, no es menos cierto que las realidades contemporáneas de los negocios han llevado al reconocimiento de muchas excepciones a esa regla. Crecientemente, partes que no han sido expresamente mencionadas en el contrato pueden invocar en su favor los derechos emanados de tal acuerdo y verse sometidas a sus obligaciones.

2.1. Identificando las excepciones a la personalidad societaria

Algunas de esas excepciones se refieren a casos en que una personalidad jurídica separada es creada con la intención de quebrantar la ley, el orden público o la buena fe, o para frustrar los derechos de terceros⁴. La necesidad de evitar un fraude jurídico normalmente justifica estas excepciones⁵.

Otras excepciones, sin embargo, han sido aceptadas en decisiones de las

² BLUMBERG, Phillip I. and STRASSER, KURT A. *The Law of Corporate Groups. Enterprise Liability*, 1998; José Engrácia Antunes: *Liability of Corporate Groups*, 1994; Carolyn B. Lamm and Jocelyn A. Aqua: "Defining the Party-Who is the Proper Party in an International Arbitration Before the American Arbitration Association and Other International Institutions", ICC, AAA, ICSID: 18th Joint Colloquium on International Arbitration. Paris, 16 November 2001.

³ ENGRÁCIA ANTUNES, José. cit., Capítulo 3: "Intragroup Liability in Comparative Law", especialmente en pp. 240-248; DANIEL COHEN: *Arbitrage et Société*, 1993, pp. 273-285; Juan M. Dobson: "Lifting the veil" in four countries: the law of Argentina, England, France and the United States", *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 35, 1986, 839-863.

⁴ Argentina, artículo 54, párrafo 3, de la Ley 19.550 sobre sociedades, según modificada por la Ley 22.903 (1983); Ricardo Ludovico Gulminelli: *Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica*. Buenos Aires, 1997.

⁵ ANGELL, Jorge. "Piercing the Corporate Veil: A Spanish Perspective", *The Comparative Law Yearbook of International Business*, Vol. 15, 1993, 341-351, pp. 343-345; CCI, Laudo en el caso No. 5730, 1988, *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*, p. 410.

cortes de justicia y de los tribunales de arbitraje sin que haya relación con algún propósito avieso. En muchos casos se requiere de la existencia de una intención, aún cuando implícita, de que todas las partes, inclusive las que no han firmado el contrato, desean que se les aplique tanto ese contrato como la cláusula de arbitraje⁶. El papel que hayan tenido esos no signatarios en la conclusión y ejecución del contrato será determinante de la existencia de esa intención⁷. En ocasiones, la imposibilidad de distinguir claramente entre las entidades intervinientes, real o aparente, ha sido una razón para ese reconocimiento⁸. La intervención de la sociedad matriz en la administración de las actividades de su filial, aún sin relación con actividades fraudulentas o ilícitas, ha sido considerada por recientes desarrollos legislativos y jurisprudenciales⁹.

2.2. Control integral de la sociedad matriz

La evidencia en el caso que se comenta, apuntaba claramente en la dirección de una relación estrecha e inseparable entre la sociedad multinacional y su filial venezolana. Antes de la firma del contrato, todas las relaciones de trabajo y jurídicas entre la parte demandante y la

sociedad demandada habían sido con la sociedad multinacional en cuestión. Las negociaciones conducentes al contrato se llevaron a cabo con esta última, la que también efectuó todos los pagos debidos en una etapa inicial. Los ejecutivos de la sociedad multinacional y de su filial eran los mismos. Significativamente, el mayor número de reuniones relativas a la materialización del proyecto se efectuaron en la sede de la sociedad multinacional en el Reino Unido.

También mostraba el expediente en este caso, que la filial venezolana se constituyó específicamente para aprovechar algunas exenciones del Impuesto al Valor Agregado en Venezuela, lo que es, una situación común en la estructuración de negocios internacionales, sin que ella tenga ninguna connotación fraudulenta. Para todo otro propósito, el proyecto concebido era administrado por la sociedad multinacional, a la que igualmente se dirigían los reclamos y correspondencia del demandante. También fue esa sociedad multinacional la que asumió las garantías de la responsabilidad civil en el contexto de la transferencia de algunos instrumentos del proyecto a la filial venezolana. De este conjunto de elementos cabía razonablemente concluir que la extensión de la cláusula de arbitraje

⁶ CCI, Laudo en el caso No. 7626, 1995.

⁷ CCI, Laudo en el caso No. 4131, *Dow Chemical v. Isover Saint-Gobin*, Collection of ICC Arbitral Awards 1974-1985, 146, 465. Para un análisis de las decisiones en esta materia véase CCI, Laudo en el caso No. 6519, 1991, Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995, p. 420.

⁸ CCI, Laudo en el caso No. 5103, 1988, Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990, 361.

⁹ KARL HOFSTETTER: "Parent responsibility for subsidiary corporations: Evaluating European Trends", *International and Comparative Law Quarterly*. Vol. 39, 1990, 576-598, con particular referencia al derecho alemán, francés y de la Comunidad Europea".

a la entidad multinacional señalada se justificaba plenamente.

La doctrina y la jurisprudencia han sido explícitas en advertir que el hecho de que signatarios y no signatarios de un contrato pertenecen al mismo grupo de compañías no es por sí, suficiente para justificar la extensión de la cláusula arbitral¹⁰. En este caso, sin embargo, la entidad a la que se hacía extensiva la cláusula no sólo era la empresa matriz de la filial sino más específicamente su mente y alma del proyecto, así como parcialmente el cuerpo del mismo. De ahí que matriz y filial fueran considerados instrumentos específicos en función del logro de un objetivo legítimo y ambas debían ser consideradas las entidades demandadas.

2.3. Compatibilidad con el orden público

Aún cuando bajo el artículo 6.2º del Reglamento de Arbitraje de la CCI esa determinación habría sido suficiente para que el árbitro considerase resuelta la objeción a su competencia, éste de todos modos examinó la conclusión a la luz del orden público venezolano para evitar así toda posibilidad de conflicto. En este contexto llegó a la conclusión de que nada se oponía a ese orden público.

En efecto, la Ley de Arbitraje Comercial de 1998 dispone no sólo que el tribunal está facultado para decidir acerca de su propia competencia sino, más específicamente aún, lo está para decidir acerca de la existencia y validez del acuerdo de arbitraje¹¹. Igualmente prevé la Ley el caso de arbitrajes conducidos bajo el marco de las cámaras de comercio y otras entidades, los que serán regidos por las normas y reglamentos de esas entidades, garantizando así la plena conformidad del derecho venezolano con el Reglamento de Arbitraje de la CCI¹².

Igualmente importante es destacar que la Ley Venezolana sobre Derecho Internacional Privado de 1998, además de prever la aplicación del derecho escogido por las partes en las obligaciones contractuales, dispone la aplicación de las normas, costumbres y principios del derecho internacional comercial cuando resulte pertinente¹³. Esta conexión del derecho venezolano con la *lex mercatoria* es particularmente relevante cuando la decisión debe atender a las necesidades de la justicia y la equidad en la solución de un caso¹⁴.

La norma general del derecho venezolano en materia de personalidad jurídica es aquella del artículo 201º del Código de Comercio, en cuanto prevé que la entidad en cuestión gozará de

¹⁰ CCI, Laudo en el caso No. 5721, 1990, Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990, p. 400.

¹¹ Venezuela, Ley sobre Arbitraje Comercial, 7 de Abril, 1998, Gaceta Oficial, No. 36.430, 7 de Abril de 1998, artículo 7º.

¹² HENRÍQUEZ LA ROCHE, Ricardo. *El Arbitraje Comercial en Venezuela*, 2000, pp. 87-98.

¹³ Venezuela, Ley sobre Derecho Internacional Privado, 6 de Agosto de 1998, Gaceta Oficial, No. 36.511, 6 de Agosto de 1998, artículos 29, 31.

¹⁴ *Ibidem.*, artículo 31.

una personalidad diferente de la de sus socios. Si bien en Venezuela, como en muchos países de la región, no existe una norma específica que permita sobrepasar la personalidad societaria o recurrir a mecanismos similares, el tema no ha estado enteramente ausente. La influencia del derecho argentino en esta materia ha sido importante en cuanto permite prescindir de la personalidad societaria en caso de que tenga por intención violar el derecho, el orden público o la buena fe o frustrar los derechos de terceros, enfoque que ha sido considerado en el Proyecto de Ley de Sociedades Comerciales de Venezuela¹⁵.

Por otra parte, también el régimen de inversiones extranjeras contempla el concepto de grupos de sociedades y las relaciones entre matriz y filial desde 1986¹⁶, como igualmente la Decisión No.

291 de la Comunidad Andina de 1991, de la que Venezuela es parte, se ocupa del control de empresas nacionales por inversionistas extranjeros¹⁷. Diversas leyes especializadas, en particular aquellas sobre el Mercado de Capitales¹⁸, Bancos e Instituciones Financieras¹⁹, Promoción y Protección de la Competencia²⁰ y Emergencia Financiera²¹, descansan sobre similares conceptos, con particular referencia al control y administración societaria.

Cabe también destacar que la jurisprudencia de los tribunales venezolanos comienza a aplicar tales conceptos en caso de que la personalidad jurídica pueda llevar a resultados manifiestamente injustos contrarios al derecho, ya sea en casos de derecho de familia²² o asuntos tributarios²³. La

¹⁵ Venezuela, Proyecto de Ley sobre Sociedades Comerciales, 1987, según se analiza en MORLES HERNÁNDEZ, Alfredo. *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. II, 2000, pp. 778-782, 811-826, con particular referencia al artículo 225°.

¹⁶ Venezuela, Decreto No. 1200, 16 de Julio de 1986, Gaceta Oficial, No. 3881, 29 de Agosto de 1986, artículo 22.

¹⁷ Comunidad Andina, Decisión No. 291 sobre el Régimen de Tratamiento Común de Capital Extranjero, Lima, 21 de Marzo de 1991.

¹⁸ Venezuela, Comisión Nacional de Valores, Normas sobre Ofertas Públicas, Gaceta Oficial, No. 31.205, 29 de Marzo de 1977; Normas sobre Consolidación de Estados Financieros No. 76-97, 25 de Marzo de 1997, Gaceta Oficial, No. 36.217, 30 de Mayo de 1997.

¹⁹ Venezuela, Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras, Decreto-Ley No. 3.228, 28 de Octubre de 1993, Gaceta Oficial, No. 3.228, 28 de Octubre de 1993, según las explicaciones de Alfredo Morles Hernández: *Curso de Derecho Mercantil*, Vol. I, 1998, pp. 606-647.

²⁰ Venezuela, Ley sobre la Promoción y Protección de la Competencia, Enero de 1992, artículo 11, según las explicaciones de Claudia Curiel Leindez: "Los Elementos que conforman el régimen de fusiones en Venezuela", en Luis Tineo y Julia Barragán (eds.): *Los dilemas de la competencia*, 1999, pp. 219-259.

²¹ Venezuela, Ley Especial sobre la Protección de Depósitos y Regulación de Emergencia de Instituciones Financiera, 8 de Marzo de 1994, Gaceta Oficial, No. 35.418, 10 de Marzo de 1994, artículo 26; Ley sobre Regulación de la Emergencia Financiera, 21 de Marzo de 1996, Gaceta Oficial, No. 35.941, 17 de Abril de 1996, artículo 16; Decreto-Ley sobre Impuestos a la Deuda Bancaria, 1999, artículo 16, según las explicaciones de Levis Ignacio Zerpa: "El Abuso de la Personalidad Jurídica en la Sociedad Anónima", Agosto de 1999, <http://www.zur2.com/users/fipa/fjcp/116/zerpa.htm>

²² ZERPA, cit, en nota 32 y texto relacionado.

naturaleza del caso o del negocio de que se trate será el factor determinante que justifique estas excepciones a la regla general.

Un factor adicional de complejidad en este caso, fue el hecho de que una multinacional con sede en los Estados Unidos, actuando a través de una entidad intermediaria, adquirió las inversiones energéticas de la entidad multinacional original que participaba en el proyecto en Venezuela. En la medida en que esa transacción involucraba que la nueva entidad propietaria asumía las responsabilidades de la original también tendría responsabilidad por el pago de las sumas resultantes del Laudo. Esta materia, sin embargo, no llegó a decidirse en el arbitraje que se comenta pues había todavía contratos inconclusos entre compradores y vendedores.

3. DE SOCIEDAD MATRIZ A FILIAL OPERATIVA: NO EXTENSIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE

Un segundo caso de arbitraje CCI, suscitó igualmente aspectos de interés en cuanto a los alcances del acuerdo de arbitraje, pero llevando esta vez a la conclusión contraria, en cuanto no se justificaba extender la cláusula a un tercero.

Una reorganización interna de la parte demandada principal llevó a que

una filial, que no había firmado el contrato pertinente, asumiera la competencia para gestionar todas las operaciones de corto plazo, incluida la gestión operacional del contrato. Para la parte demandante la situación creada involucraba que ambas entidades actuaran como si fueran una sola parte, asumiendo así conjuntamente las obligaciones contractuales.

Para la parte demandante lo anterior revelaba la existencia en este caso de un grupo de sociedades relacionadas, en que la demandada principal tenía todas las acciones de la filial, a la vez que, existía una unidad en la dirección de ambas entidades. En opinión de la demandante, debido a que el artículo 6.2° del Reglamento de Arbitraje de la CCI no exige para intervenir en el procedimiento que se haya firmado la cláusula de arbitraje, la extensión de esta última se justificaba jurídicamente a la luz de las teorías del contrato de agencia, la del *alter ego*, la sucesión o la del grupo de empresas. Se invocó a este respecto la jurisprudencia de los tribunales de la CCI reconociendo la teoría del “grupo empresario”²⁴, igualmente confirmada por las decisiones de los tribunales nacionales pertinentes.

Igualmente se justificaba por la parte demandante la extensión de la cláusula de arbitraje por el hecho de que haya existido una sustitución entre la demandada y su filial, traduciéndose en una circulación de la obligación contractual con el

²³ *Ibíd.*, nota 33 y texto relacionado.

²⁴ Laudo CCI en el caso No. 6162/1990, Recueil des Sentences arbitrales de la CCI 1991-1995, p. 75-85, Laudo CCI en el caso No. 4604/1984, Recueil des Sentences arbitrales de la CCI 1974-1985, p. 546, y el Laudo en el caso CCI No. 4472/1984, Recueil des Sentences arbitrales de la CCI 1974-1985, p. 525.

resultado de que ambas entidades habían compartido el contrato. De ahí que la cláusula arbitral pudiera extenderse, si se puede presumir que las entidades vinculadas comercialmente conocían y aceptaban la cláusula compromisoria. La consecuencia jurídica de lo anterior sería que debía entenderse que ambas entidades eran solidariamente responsables y deberían responder solidariamente de los montos reclamados.

La filial demandada discrepó de las razones invocadas para justificar su legitimación pasiva, argumentando que la excepción de incompetencia por ella suscitada debía acogerse por dos razones principales. La primera es la ausencia de una cláusula de arbitraje entre esa filial y las partes en el Contrato. La segunda razón es que la cláusula del contrato no era oponible a tal filial.

3.1. Inexistencia de un acuerdo de arbitraje respecto de la filial

Exponía la filial demandada que la demandante no había demostrado la existencia de una cláusula de arbitraje que vinculase a la primera con las partes en el contrato, la que obligaba únicamente a esas partes. Se argumentó en apoyo de este punto de vista que puesto que el derecho aplicable a la cláusula de arbitraje puede ser diferente del que se aplique al fondo de la controversia, según lo reconoce el artículo V(1)(a) de

la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, así como una jurisprudencia abundante de la CCI²⁵, correspondía otorgar prioridad a la legislación del país sede del arbitraje, que en este caso era Suiza.

La Ley Federal Suiza de Derecho Internacional Privado de 1987, que en virtud de su artículo 176° (1) se aplica a todo arbitraje cuyo tribunal tenga su sede en ese país y reúna otras condiciones también presentes en este caso, condiciona en su artículo 178° (1) la validez formal de la cláusula de arbitraje a que ella conste por escrito como prueba de la expresión del consentimiento de las partes, como también lo han corroborado varias sentencias de la CCI²⁶. Además, a la fecha de suscripción del contrato la filial en cuestión no existía, por lo que, difícilmente podría haber expresado su consentimiento respecto de un arbitraje entre sus partes, ni estas podían tener la intención de vincularla. Ningún contrato o documento posterior vinculaba tampoco a la filial a esa cláusula a pesar de que hubo numerosas oportunidades de expresar un consentimiento en ese sentido si éste hubiese existido. Concluía la filial demandada que la extensión de la cláusula de arbitraje a su respecto encontraba un obstáculo insuperable en el hecho de no haberse dado cumplimiento a la condición de validez formal exigida por la legislación suiza.

²⁵ Laudo parcial en el caso CCI No. 10818/2001, Bulletin CCI, Vol. 16, No. 2, 2005, pp. 94-98 y Laudo Final en el caso CCI No. 10758/2000, Bulletin CCI, Vol. 16, No. 2, 2005, pp. 87-94.

²⁶ Laudo en el caso CCI No. 2138/1974, Recueil des Sentences arbitrales de la CCI 1974-1985, p. 242; Laudo en el caso CCI No. 10758, cit.

El segundo argumento invocado en apoyo de la excepción de incompetencia, era que en todo caso la cláusula arbitral no era oponible a la filial demandada pues esa sociedad carece de todo poder de negociación respecto de la relación contractual entre las partes en el contrato, ni debe responder de las decisiones de la demandada principal. El hecho de que la demandante considerase que tal filial era el gestor operacional del contrato y gozaba de autonomía para los efectos de la programación, facturación y reclamación de pagos, no alteraba que el papel que esa filial tenía, se limitaba a modificaciones eventuales de algunos aspectos meramente técnicos. De esta manera, la filial se limitaba a cumplir las instrucciones de la demandada principal en cuanto a llevar a cabo algunas tareas, siendo esta última la única responsable de dar cumplimiento a las obligaciones contractuales con la demandante.

3.2. Ausencia de intención vinculante

Una segunda consideración por la que la filial afirmaba que la cláusula de arbitraje no le era oponible era de carácter jurídico. Se explicaba en este aspecto que las partes en el contrato nunca habían manifestado la intención clara y manifiesta de vincular a la filial al contrato, ni a su cláusula de arbitraje, como lo exige la Ley suiza de Derecho Internacional Privado aplicable y el artículo 18° del Código suizo de Obligaciones respecto de la interpretación de los contratos. También la jurisprudencia de la CCI se ha pronunciado en el mismo sentido, con particular referencia a la necesidad de interpretar las cláusulas de arbitraje de manera estricta.

La ausencia de una intención de vincular a la filial al contrato se veía confirmada por el hecho de que ninguno de los numerosos instrumentos complementarios a ese contrato le impuso obligación alguna ni tampoco le confirió ningún derecho. Ello explica que todas las comunicaciones por las que la demandante reclamaba supuestos incumplimientos de obligaciones o indemnizaciones se dirigían únicamente a la demandada principal, incluida la correspondencia intercambiada durante el período litigioso. El hecho de que algunos ejecutivos de la demandada principal pudiesen desempeñar también funciones en la filial, cuyo alcance específico se discutía, en nada afectaba la personalidad jurídica separada de ambas sociedades.

La filial concernida tampoco compartía las justificaciones indicadas por la demandante respecto de la necesidad de tenerla como demandada en este arbitraje. El objetivo de contar con información que pudiese tener esa sociedad podría satisfacerse convocando a sus representantes como testigos. El propósito de evitar una eventual frustración de la ejecución de la sentencia tampoco es un motivo que justifique la extensión de la cláusula de arbitraje en ausencia de las exigencias jurídicas requeridas para tal efecto.

3.3. Inaplicabilidad de las teorías jurídicas comunes

En opinión de la filial, ninguna de las teorías jurídicas invocadas por la demandante para justificar la extensión de la cláusula de arbitraje encontraba aplicación en este caso. En primer lugar,

los derechos que derivan del contrato no habían sido objeto de cesión o transmisión alguna, permaneciendo la demanda principal como la única titular de los derechos y obligaciones contractuales. Tampoco resultaba pertinente la teoría del grupo de sociedades pues consta expresamente que únicamente la demandada principal tenía obligaciones respecto de la demandante, ni presenta esa demandada problema alguno de solvencia. Estas teorías tampoco eran aplicables a la luz del derecho suizo, como lo establece la jurisprudencia de la CCI²⁷.

Igualmente se hizo presente por la filial señalada que la teoría del levantamiento del velo de la personalidad jurídica busca extender la cláusula de arbitraje de una sociedad subsidiaria a su matriz, pero en este caso la situación era la inversa. Tampoco había en este caso confusión entre las dos sociedades ni abuso de la personalidad jurídica.

3.4. Solución del Derecho Suizo

El Tribunal constató que era un hecho aceptado por ambas partes que la filial no había firmado la cláusula arbitral contenida en el contrato, como tampoco ninguno de los contratos complementarios, ni dichos contratos mencionan a la filial como parte. Solo cabía por consiguiente examinar si hubiese alguna razón jurídica o de hecho, que pudiese justificar la extensión de dicha cláusula a un tercero.

El hecho de que el Tribunal tuviese su sede en Ginebra daba lugar a una

vinculación jurídica específica con la legislación suiza, siendo los tribunales de ese país los que debían conocer eventualmente de aspectos importantes relativos a este procedimiento arbitral. El artículo 176° (1) de la Ley federal sobre Derecho Internacional Privado de 1987, invocada por la filial, dispone que “Les dispositions du présent chapitre s’appliquent à tout arbitrage si le siège du tribunal se trouve en Suisse et si au moins l’une des parties n’avait, au moment de la conclusion de la convention d’arbitrage, ni son domicile ni sa résidence habituelle en Suisse”.

Ninguna de las partes en este procedimiento tenía ni tiene su domicilio o residencia habitual en Suiza, por lo que, se reunían todas las condiciones para la aplicación de esa disposición. Es generalmente aceptado que la legislación aplicable a la cláusula de arbitraje no tiene necesariamente que ser la aplicable al fondo de la controversia, razón por la cual, tampoco existía incompatibilidad alguna entre la aplicación de la Ley federal indicada a la cláusula de arbitraje, con la ley aplicable al fondo que el tribunal determinó en un Laudo parcial. El derecho aplicable escogido fue de los principios comunes de las legislaciones de España y Francia, países cuya nacionalidad tiene cada parte respectivamente, y respecto de aquellos aspectos en que no se disponga de tales principios se aplicarían los Principios de UNIDROIT sobre los contratos internacionales.

En este aspecto el Tribunal decidió, por consiguiente, que la Ley federal suiza

²⁷ Véase nota 26 supra.

de Derecho Internacional Privado de 1987 era la ley aplicable a la convención o cláusula de arbitraje.

El artículo 178° (1) de esa Ley, también invocado por la filial en cuestión, prevé que la validez de la convención de arbitraje está sujeta a la condición formal que el consentimiento de las partes sea probado por escrito. El artículo dispone: “Quant à la forme, la convention d’arbitrage est valable si elle est passée par écrit, télégramme, télex, télécopieur ou tout autre moyen de communication qui permet d’en établir la preuve par un texte”.

Esa condición de validez formal no se reunía en este caso. Es efectivo, como lo argumentó la demandante, que en numerosos casos conocidos por tribunales de arbitraje y por tribunales nacionales en ejercicio de sus facultades de control se ha admitido que la cláusula de arbitraje se extienda a entidades terceras, especialmente en virtud de la teoría del grupo de sociedades u otras que buscan identificar a la entidad que en definitiva pueda ser responsable de las actuaciones controvertidas y de sus consecuencias.

Sin embargo, esa teoría no encuentra el mismo grado de receptividad en los tribunales suizos²⁸, que han sido tradicionalmente más exigentes respecto del cumplimiento de la condición de validez formal indicada. El Tribunal Federal

suizo, sin embargo, ha determinado en una ocasión que la extensión del convenio de arbitraje a una entidad tercera, no es una materia de forma sino de fondo²⁹, lo que permitiría eventualmente alcanzar una conclusión diferente a la luz de lo dispuesto en el artículo 178° (2) de esa Ley: “Quant au fond, elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l’objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse”. Pero esta no pareciera ser aún la doctrina siempre aceptada en Suiza³⁰.

A la luz de esas consideraciones el Tribunal concluyó que no era procedente la extensión de la cláusula de arbitraje a la filial demandada en el contexto de este caso y a la luz de la Ley federal de Derecho Internacional Privado que se identificó como la legislación aplicable a esa cláusula.

3.5. Vinculación operativa e interés económico sustantivo

No obstante lo anterior, es también un hecho reconocido que la filial había intervenido en la ejecución del contrato que vinculaba a las partes mediante el desempeño de diversas funciones operacionales. La demandante manifestaba en este sentido una inquietud legítima en cuanto a la necesidad de asegurar que este procedimiento no

²⁸ POUDET-BESSON. *Comparative Law on International Arbitration*. Thomson/Schultess, 2, 2007, p. 258.

²⁹ Tribunal Federal, 16 de octubre de 2003, ATF 129 III 727.

³⁰ Favorable a esa doctrina es la opinión de L. Lévy y E. Geisinger, *Revue de l’arbitrage*, 2004, 707; contraria es la de J. F. Poudret, *Boletín ASA*, 2004, 390.

prescinda de cierta información de que pudiera disponer esa filial, como tampoco que la ausencia de esa entidad del procedimiento pudiese traducirse en que se diluya la responsabilidad que pudiera eventualmente establecerse en relación al cumplimiento de obligaciones contractuales. Esta es una materia que el tribunal también debía considerar a la luz de las alegaciones de las partes que se han expuesto.

La primera característica de la participación de la filial en la ejecución contractual que debe tenerse presente es que su intervención fue, como la describió la demandante, la de un gestor operacional, con responsabilidades relativas a la programación de algunos aspectos, la facturación y los cobros pertinentes. Esa intervención operacional era una de carácter técnico y administrativo y no guardaba relación con la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones existentes en el contrato y otros instrumentos relacionados.

Fue la propia demanda principal la que definió los términos de la intervención de su filial, señalando que la primera “a confié a [la filial] un mandat de gestion opérationnelle des contrats de long terme...[La demandada principal] demeure évidemment le titulaire de ces contrats et continuera à remplir pleinement ses droits et obligations vis-à-vis de votre société”. Un mandato de esta naturaleza no permitiría una intervención que trascienda el ámbito de lo meramente técnico y no podría traducirse en que la filial interviniese en las decisiones relativas a la ejecución jurídica del contrato o su interpretación,

responsabilidades que continuaron siendo propias de la demandada principal. Además, antes del período relevante para este litigio, aparentemente la filial había sido privada de algunas de estas funciones de carácter administrativo.

En la medida en que la información de que dispusiese la filial en las materias propias de su intervención fuera relevante para la controversia, sería la demandada principal como mandante quien tendrá la obligación de entregarla. Esta última indicó en sus argumentos, además, que los ejecutivos de la filial podrían siempre ser convocados como testigos para ser interrogados. Se consideró así por el tribunal que las obligaciones de información que la demanda principal tenía respecto de sus propias decisiones y de aquellas de su mandatario y sociedad filial eran suficiente garantía de que la inquietud manifestada por la demandante a este respecto fuese debidamente atendida en este arbitraje.

Otra inquietud suscitada por la demandante se refería a la necesidad de que no se diluyesen las respectivas responsabilidades de la demandada principal y su filial que pudieran determinarse como consecuencia de incumplimientos contractuales. La declaración señalada de la demandada principal en cuanto que ella “demeure évidemment le titulaire de ces contrats et continuera à remplir pleinement ses droits et obligations vis-à-vis de votre société” resultaba relevante para considerar que la filial no podía tener en el contexto de esta relación contractual derechos u obligaciones propias, ni estas fueron previstas en los contratos pertinentes,

siendo ellas únicamente de la demandada principal, aún cuando derivasen de actuaciones de su mandatario. Por la misma razón, tampoco podía presumirse que la filial de alguna manera hubiese aceptado regirse por el contrato o por su cláusula arbitral.

Las implicaciones jurídicas de esta situación eran importantes. En primer lugar, la demandada principal no podría excusar su responsabilidad argumentando que el acto en que se originaba fue llevado a cabo por su mandatario. Enseguida, la eventual responsabilidad de indemnizar los perjuicios causados pertenecería únicamente a esa demandada como el titular de los derechos y obligaciones del contrato. En definitiva era la empresa matriz del grupo de empresas encabezado por la demandada principal el que sería responsable de tal indemnización, siendo ésta además la que disponía de los principales medios para ese efecto.

A la luz de estas consideraciones las teorías jurídicas invocadas para justificar una extensión de la cláusula arbitral, válidas como son, no encontraban aplicación en el contexto de la relación contractual controvertida. No había en este sentido sucesión ni sustitución de derechos y obligaciones entre la matriz y su filial, ni elementos jurídicos o de hecho que pudiesen trasladar la responsabilidad del mandante al mandatario.

Más importante que lo anterior era el hecho de que no obstante tratarse de un grupo de sociedades, no se cumplía en este caso el objetivo fundamental de esa teoría jurídica, cual es impedir que se procure hacer responsable a una empresa subsidiaria que ha firmado la cláusula

arbitral, normalmente de medios más limitados, a la vez que la matriz que no la ha firmado pueda escapar a los alcances de la relación contractual. En este caso, como lo señaló la demandada principal, la situación es la inversa pues la entidad responsable de toda actuación propia o de su subsidiaria y mandataria sería la propia matriz.

Todo ello se consideró igualmente garantía suficiente de que las inquietudes de la demandante respecto de las consecuencias jurídicas de no contar con la filial como parte demandada en el procedimiento, serían también adecuadamente atendidas en el mismo.

El tribunal decidió en definitiva no autorizar la extensión del acuerdo de arbitraje.

4. EXTENSIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE A INVERSIONES INDIRECTAS

El tercer caso que se pasa a comentar involucra también problemas de interés respecto del alcance de un acuerdo de arbitraje, pero esta vez en el ámbito del derecho de las inversiones.

4.1. Realidad de los vehículos de inversión y acuerdo de arbitraje

Una situación que se suscita con frecuencia es la aplicación de un tratado de protección de inversiones, que contiene la cláusula arbitral, a entidades que son inversionistas indirectos, utilizando para ello vehículos de inversión, algunas veces exigidos por la propia legislación del país receptor de la inversión. En el

caso que se comenta, el inversionista demandante era una sociedad constituida en un paraíso tributario al cual el Estado partícipe en el tratado que se invocaba no había extendido su aplicación, pudiendo haberlo hecho por tratarse de un territorio relacionado con su soberanía.

Ello llevó al Estado demandado a sostener que la protección del tratado no cubría a la demandante, ni tampoco incluía el tratado un mecanismo que permitiese al tribunal examinar si había un control o interés remoto en esa inversión. Como en el caso *Tokios Tokelès*, el tribunal no debía considerar la situación de los accionistas yendo más allá de la personalidad societaria de la demandante, a menos que ello se demostrase como razonable³¹. Por otra parte, estimó el Estado que aún cuando la cláusula de arbitraje no se pudiese aplicar a la demandante, esta de todos modos podía recurrir a un arbitraje en una institución diferente en los términos de un acuerdo de asociación con una empresa relacionada con ese Estado.

El Estado demandado argumentó también que la estructura societaria de la demandante había fluctuado constantemente y que, como lo afirmó la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*, el beneficio de invertir en un país extranjero debía

equilibrarse con los riesgos relativos a la protección de los accionistas³². Tampoco el Estado demandado había concebido en ningún momento que el tratado y su cláusula pudiesen hacerse extensivos al reclamante.

Afirmaba igualmente el Estado demandado que el tratado, si bien no excluía las inversiones indirectas, tampoco preveía esta modalidad, al contrario de lo que ese mismo Estado había hecho en numerosos otros de sus tratados de protección de inversiones. Si bien ha habido casos en que se ha extendido la protección del tratado a inversionistas indirectos no obstante que éste guardase silencio a su respecto, como lo han hecho los casos *Sedelmayer*³³ y *Siemens*³⁴, la situación en ellos era diferente pues existían instrumentos complementarios que sugerían esa posibilidad y en el segundo caso tanto la sociedad matriz como su filial tenían la misma nacionalidad.

En opinión del Estado demandado, la situación planteada en este caso tampoco era comparable a la que caracterizó el caso *National Grid*³⁵, en el que la protección se extendió a un reclamante que se encontraba al comienzo de una cadena de accionistas en sociedades relacionadas, lo que se debió únicamente al hecho de que el Estado demandado había

³¹ *Tokios Tokelès v. Ukraine*, Decision on Jurisdiction, 29 de Abril de 2004.

³² Corte Internacional de Justicia, *Barcelona Traction, Light and Power Company, Ltd.*, Judgment, Reports 1970, p. 3.

³³ *Franz Sedelmayer v. Russian Federation*, Award, 7 de Julio de 1998.

³⁴ *Siemens A. G. c. República Argentina*, Decisión sobre Competencia, 3 de Agosto de 2004.

³⁵ *National Grid plc c República Argentina*, Decisión sobre Competencia, 20 de Junio de 2006.

solicitado expresamente esa inversión, al contrario de lo que según se afirmaba había ocurrido en el caso que se comenta. Tampoco el caso *Plama Consortium* resultaba relevante pues el Tratado de la Carta de Energía contempla expresamente las inversiones indirectas³⁶. Si esa hubiese sido la intención del Estado, lo habría hecho en forma igualmente expresa, sobretodo a la luz del hecho de que ambas partes firmaron esa Carta pocos días después del tratado cuya extensión se discutía.

También argumentó el Estado demandado que la situación en *Autopista Concesionada de Venezuela* era diferente, pues allí las partes expresamente definieron el concepto de control extranjero en función de la nacionalidad de la mayoría de los accionistas³⁷. Varios otros casos que han aceptado esa extensión de la protección, especialmente *CMS*³⁸ y *LG&E*³⁹, han considerado inversiones que se realizaron directamente en sociedades locales y que, en todo caso, había sido expresamente contemplada en los tratados respectivos.

La diferente nacionalidad de las varias subsidiarias involucradas conducía a la conclusión, en opinión de

ese Estado, que la protección del tratado no podía hacerse extensiva. Como en el caso *Mihaly*⁴⁰, si el beneficiario no podía invocar el tratado, menos podría hacerlo su sucesor. De otra manera, todo Estado receptor de una inversión debería investigar la totalidad de la estructura de la propiedad del inversionista para poder determinar que tratados de protección serían aplicables, que fue la razón por la que en *Enron* el tribunal determinó un punto de interrupción más allá del cual el consentimiento al arbitraje no podría considerarse existente.

Igualmente explicó el Estado demandado que nunca había tenido una relación de negocios con la reclamante, sino solamente con una de sus filiales, por lo que la situación era similar a la ocurrida en el caso *PSEG*, en el que un reclamante fue excluido de la protección por no haber tenido un vínculo jurídico con el Estado receptor sino solamente con el otro reclamante y no podía por consiguiente reclamar en ese arbitraje por sí⁴¹.

La parte demandante, en cambio, fue de la opinión que la protección que le extendía el tratado se aplicaba igualmente a su respecto, pues no se

³⁶ *Plama Consortium Limited v. The Republic of Bulgaria*, Decision on Jurisdiction, 8 de Febrero de 2005.

³⁷ *Autopista Concesionada de Venezuela c. República Bolivariana de Venezuela (Aucoven)*, Decisión sobre Competencia, 27 de Septiembre de 2001.

³⁸ *CMS Gas Transmission Company c. República Argentina*, Decisión sobre Competencia, 17 de Julio de 2003.

³⁹ *LG&E c. República Argentina*, Decisión sobre Competencia, 30 de Abril de 2004.

⁴⁰ *Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka*, Award, 15 de Marzo de 2002.

⁴¹ *PSEG Global Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgun Elektrik Üretim ve Ticaret Sirketi v. Republic of Turkey*, Decision on Jurisdiction, 4 de Junio de 2004.

excluía la situación de los inversionistas indirectos. Las relaciones que tenía el Estado demandado con los inversionistas originales hacían imposible ignorar la intervención que le correspondía posteriormente a la sociedad demandante. La comparación hecha por el Estado entre este caso y el de la *Barcelona Traction* resultaba inapropiada, pues el objetivo de los tratados modernos de protección de inversiones es precisamente el de proteger a los accionistas y, en todo caso, ya son muchos los casos de arbitraje que han rechazado toda similitud con la protección diplomática (*LG&E, Siemens, Sempra*⁴²), así como la propia Corte Internacional de Justicia ha aceptado proteger inversionistas en el caso *ELSI*⁴³.

Por otra parte, el hecho de que no mencionase el tratado expresamente el caso de las inversiones indirectas, en nada alteraba la conclusión de que ellas no se habían excluido, como lo demostraba el que se definiese como parte de las inversiones protegidas las acciones y toda otra forma de participación en una sociedad.

Entre los casos invocados por el demandante en apoyo de su argumento se cuentan *Siemens, Kardassopoulos*⁴⁴ y *Sedelmayer*; todos los cuales extendieron la protección del tratado respectivo a inversiones hechas mediante intermediarios, no obstante que los tratados no se referían expresamente a la propiedad o control indirecto de

la inversión. Nuevamente la amplia definición de inversión en esos casos fue decisiva para alcanzar esa conclusión. En este contexto los casos en sentido contrario invocados por el Estado demandado eran también irrelevantes, especialmente en cuanto a que, a diferencia de *Mihaly*, aquí no se reclamaba por derechos de propiedad previa de un tercero o una subsidiaria sino por derechos propios del inversionista. Asimismo, el hecho de que el Estado sabía o debía saber de esa inversión indirecta era suficiente para excluir cualquier argumento que posteriormente intentara ignorarla.

Por otra parte, invocaba la demandante que el punto identificado en *Enron*, más allá del cual no podía extenderse el consentimiento a la cláusula de arbitraje, tampoco era aplicable en este caso, pues el inversionista era el propietario de un 100% de la inversión, había sido invitado a hacerla y no había tampoco multiplicidad de reclamaciones. Tampoco el caso *PSEG* tenía relevancia, pues en el caso que se comenta, el demandante era quien controlaba la totalidad de la participación y no únicamente un participante auxiliar.

4.2. Interpretación de los tratados a la luz de la práctica estatal

La decisión del tribunal no pudo examinar en detalle el argumento relativo

⁴² *LG&E, Siemens, Sempra Energy International c. República Argentina*, Decisión sobre Competencia, 11 de Mayo de 2005.

⁴³ Corte Internacional de Justicia, *Elettronica Sicula (ELSI)*, Judgment of July 20, 1989, Reports, p. 15.

⁴⁴ *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, Decision on Jurisdiction, July 6, 2007, paras. 178-179.

al hecho de que no se hubiese extendido la aplicación del tratado al paraíso tributario señalado, pues no existían antecedentes a ese respecto ni las partes los tenían. Tampoco una solicitud de aclaración a las autoridades gubernamentales pertinentes aportó ninguna luz a este respecto. No obstante ello, el tribunal tuvo en consideración el hecho de que ningún antecedente indicaba que la parte demandante o alguna de sus empresas relacionadas hubiese emprendido allí alguna actividad ilegal, sino que, correspondía únicamente a una ventaja tributaria.

Debido a que los inversionistas buscan esas ventajas de manera habitual, el uso de vehículos de inversión está hoy ampliamente reconocido, siendo una de las diferencias que caracteriza la protección de las inversiones en contraposición al criterio más rígido que imperaba al momento de la *Barcelona Traction*. En el reciente caso *Kardassopoulos*, en que un inversionista griego utilizó sociedades intermedias constituidas en el Caribe y Panamá para realizar una inversión en la República de Georgia, el tribunal aceptó su competencia para conocer de la controversia tanto bajo el tratado de protección de inversiones entre Grecia y Georgia como del Tratado de la Carta de la Energía, no obstante que ninguno de esos tratados podía extenderse a territorios intermedios. Lo mismo ocurrió en el caso paralelo de *Fuchs* en relación al tratado entre Israel y Georgia.

Este razonamiento fue el que llevó al tribunal en el caso que se comenta a

aceptar su competencia y a extender el acuerdo de arbitraje al inversionista.

Una situación relacionada que el tribunal debía examinar era si acaso correspondía aplicar el criterio seguido en el caso *Tokios Tokelès*, en cuanto si resultaba apropiado considerar el caso de los accionistas más allá de la personalidad societaria del reclamante. En ese caso el tribunal concluyó que esa consideración no procedía en ausencia de un criterio específico de control en el tratado, debiendo prevalecer la personalidad societaria. Sin embargo, debe tenerse presente que la opinión disidente del Profesor Prosper Weil explicó correctamente que si la negativa de ir más allá de la personalidad societaria conducía a ignorar las exigencias de la Convención del CIADI respecto de la nacionalidad de los reclamantes, se hacía entonces imperativo apreciar la situación de esos intereses subyacentes⁴⁵.

Dado que en el caso que se comenta se había utilizado un vehículo legítimo para realizar la inversión en un país extranjero, consideró el tribunal que si se rechazaba sobrepasar la formalidad del registro societario en ese territorio, llevaría a dejar en la desprotección a los intereses reales que habían efectuado esa inversión.

Las anteriores consideraciones requerían todavía examinar si acaso el tratado protegía las inversiones indirectas, a pesar de no haber sido previstas expresamente en el mismo. La complejidad de la tarea era determinar

⁴⁵ *Tokios Tokelès, Dissenting Opinion of Profesor Prosper Weil, April 29, 2004.*

si acaso lo que no se mencionaba expresamente quedaba excluido o, por el contrario, el hecho de que esa modalidad no hubiese sido expresamente excluida podría considerarse amparada por la protección del tratado.

El tribunal rehusó seguir esas opciones extremas y recurrió en vez al texto del tratado y los medios complementarios de interpretación. Consideró el tribunal en primer lugar que el preámbulo del tratado, como es común, tenía por objetivo la promoción y protección de las inversiones, lo que haría inusual a la luz de las realidades de los negocios contemporáneos adoptar un criterio restringido únicamente a las inversiones de carácter directo, que son hoy más bien excepcionales.

Otras disposiciones del tratado debían también entenderse en el mismo sentido, particularmente su definición amplia de inversión, que incluía todo tipo de aportes, a la vez que esa definición no tenía un carácter exhaustivo. La propiedad de acciones y obligaciones y toda otra forma de participación en una sociedad, así como el hecho de que se dispusiese que los cambios ocurridos en la manera como se realizase la inversión no afectaba su carácter de inversión, apoyaban también el mismo punto de vista. También protegía el tratado a los inversionistas de la nacionalidad de una Parte que tuviesen acciones en sociedades locales de la otra Parte para los efectos

de una expropiación, lo que involucraba igualmente la protección de una inversión indirecta.

Los medios complementarios de interpretación del tratado también fueron considerados por el tribunal, a la luz de la práctica que las partes en ese tratado hubiesen seguido en otros tratados similares. Para ello, era también pertinente dilucidar el alcance de los medios previstos en los artículos 31° y 32° de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados utilizados para esa interpretación complementaria, especialmente en cuanto a considerar el contexto de lo convenido. En particular era necesario aclarar si los tratados celebrados por las partes, no solamente entre sí sino también con terceros Estados, resultaban relevantes para entender cual era su intención en el marco de la controversia que se comenta. Un ejercicio similar había hecho la Corte Internacional de Justicia en el caso de la Plataformas Petroleras⁴⁶ en relación con tratados de Amistad y Comercio, así como tribunales de arbitraje en relación a la protección de inversiones⁴⁷.

El tribunal observó que si bien el artículo 31° de esa Convención se refiere a acuerdos celebrados entre las partes u otros instrumentos relacionados que ambas han aceptado, el artículo 32° no excluye que se puedan tomar en consideración tratados celebrados por una u otra parte con terceros para

⁴⁶ Corte Internacional de Justicia, *Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, Reports 1996, p. 810.

⁴⁷ *Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic*, Decisión sobre Competencia, 14 de Enero de 2004; Plama, cit.

confirmar la interpretación buscada o clarificar algunos aspectos todavía en duda. El tribunal en *Maffezini* adoptó este enfoque para comprender cuales habían sido las políticas seguidas por cada parte respecto de una cláusula del tratado que las vinculaba⁴⁸. También el tribunal en *National Grid* examinó la práctica de los tratados de cada parte para determinar el alcance de una disposición contenida en el tratado de protección de inversiones allí considerado.

Esa práctica en el caso que se comenta, más abundante respecto de una parte que de la otra, indicaba que el concepto de inversiones indirectas se había utilizado con frecuencia por ellas con terceros. Más influyente en la opinión del tribunal, fue el hecho de que ambas partes hubiesen firmado el Tratado de la Carta de la Energía sólo nueve días después de haber firmado el tratado en controversia, Carta que, como se ha comentado incluye expresamente la protección de las inversiones indirectas sin que ninguna parte se opusiese ni directa ni indirectamente.

Dado el hecho de que esa práctica indicaba que la política de las partes era claramente la de convenir formas amplias de protección de las inversiones, incluyendo en numerosos casos las inversiones indirectas, ello permitió al tribunal corroborar la interpretación que emanaba de las propias disposiciones del tratado en cuanto a su objeto y propósito y a las definiciones de inversión que allí se contenían.

Esa conclusión se ha visto también reafirmada en diversos casos recientes de arbitraje. En *Sedelmayer* el tribunal consideró al reclamante como el inversionista *de facto* a pesar de que el tratado guardaba silencio acerca de las inversiones indirectas. Para ello, el tribunal se guió por un criterio económico más que por uno jurídico a la luz de un Protocolo que permitía la indemnización cuando se interfería con las actividades económicas de un inversionista. Similares criterios se han seguido en los casos ya citados de *Siemens*, *National Grid* y *Kardassopoulos*.

Un caso más complejo de considerar fue el de *Aucoven*, en el cual se privilegió el criterio de accionistas mayoritarios directos por sobre argumentos de control indirecto de las acciones. Mientras el Estado demandado en el caso que se comenta, afirmaba que ello comprobaba que en el silencio del tratado sólo las inversiones directas podían ser protegidas, para el reclamante ese criterio de control directo había sido expresamente pactado en el contrato de *Aucoven* y no tenía aplicación en este caso.

El tribunal hizo presente que en *Aucoven* se había reconocido el consentimiento expreso de las partes en este sentido, a la vez que ese caso, como *Mihaly*, involucraban complejas cuestiones de transferencia de acciones a una subsidiaria, lo que no ocurría en el caso en comento. Este conjunto de consideraciones llevó al tribunal a confirmar su interpretación de que

⁴⁸ *Emilio Agustín Maffezini c. Reino de España*, Decisión sobre Competencia, 25 de Enero de 2000.

correspondía extender la protección del tratado a las inversiones indirectas, respecto de las cuales la cláusula de arbitraje debía también extenderse en su aplicación, otorgándole competencia al tribunal para conocer de la reclamación.

4.3. El punto de quiebre de la cadena societaria y la extensión del acuerdo de arbitraje

Un último aspecto que debe tomarse en consideración en este análisis es el del reconocimiento de un punto de quiebre, más allá del cual, no podría admitirse que las partes hubiesen expresado su consentimiento a vincularse mediante la cláusula de arbitraje, tal como se discutió en *Enron*. Dos aspectos eran los relevantes a este respecto. El primero es, si el consentimiento al arbitraje del Estado demandado podía hacerse extensivo a sociedades ubicadas en un lugar remoto de la cadena de sociedades intermediarias. El segundo aspecto relacionado era si acaso la inversión en controversia había sido solicitada por el Estado receptor.

Si bien el Estado receptor en este caso no reconocía el concepto de inversiones indirectas, por lo cual, el punto de quiebre en una cadena de intermediarios no podía suscitarse, sí destacó la necesidad de que ese Estado conociese con precisión quien era el inversionista real, lo que en ese caso en su opinión, no había ocurrido y por consiguiente no podía pactar el arbitraje con una entidad para él desconocida. Para

el reclamante, en cambio, aún cuando se aplicase un punto de quiebre, de todos modos tenía el derecho de recurrir al arbitraje por ser el titular económico de la inversión realizada.

El tribunal hizo presente que el concepto de un punto de quiebre no depende del número de entidades intermediarias, que en algunos casos, como *National Grid*, podían ser pocas, o en otros casos, como en *Aguas del Tunari*⁴⁹, podían ser muchas. Lo determinante es si acaso se trata de una inversión genuina, hecha para un propósito legítimo de negocios y conocida en cuanto a su carácter indirecto por el Estado receptor. Si se trata de una operación meramente especulativa, hecha para fines de conveniencia en cuanto a acceder a un mecanismo de arbitraje o desconocida en su estructura general por el Estado, no podrá considerarse que éste ha otorgado su consentimiento al arbitraje con esa entidad. Sin embargo, si acaso es el propio Estado el que ha solicitado la inversión de la empresa originaria, será procedente que ese vínculo se considere aplicable en cuanto a la cláusula de arbitraje, no obstante que la inversión se canalice a través de pocos o muchos intermediarios. En el caso en comento, el tribunal consideró que no existía ningún indicio de especulación o ilegitimidad y que todo indicaba que el Estado receptor conocía al inversionista y sus intereses en esa inversión.

Todo lo anterior permitió al tribunal reconocer su competencia y permitir la aplicación del acuerdo de arbitraje a

⁴⁹ *Aguas del Tunari S. A. C. República de Bolivia*, Decisión sobre Competencia, 21 de Octubre de 2005.

una inversión indirecta, tanto a la luz de las disposiciones del tratado, como de los medios complementarios de interpretación que se han indicado.

En este, como en numerosos otros casos de arbitraje en materia de inversiones, hay todavía otro aspecto que tiene relación con la extensión del acuerdo de arbitraje. Con frecuencia se discute si los actos controvertidos son imputables a una entidad pública o privada diferente del Estado, caso en el cual, el Estado argumentará que no puede hacersele partícipe de ese arbitraje, tal como el reclamante argumentará que es el Estado quien debe responder por los actos de esa entidad y ser el demandado en la controversia sometida al arbitraje. No obstante que la vinculación de las partes por el acuerdo de arbitraje es el tema

subyacente, el problema corresponde más bien a una determinación acerca de cual es la entidad a la que el acto es imputable, siguiendo para ello los criterios del derecho internacional.

5. UNA REALIDAD ECONÓMICA PREVALECIENTE

Todos los casos que se han examinado permiten observar que ya es común que los tribunales tiendan a reconocer las realidades económicas por sobre las ficciones jurídicas en lo que respecta a la extensión y aplicación de un acuerdo de arbitraje. Ya sea que la conclusión sea favorable a la extensión o contraria a la misma, siempre será esa realidad económica la que determinará si ella se justifica.

LA CONVENCIÓN DE ARBITRAJE EN CHILE

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL (*)

SUMARIO: 1. Panorama legislativo. 2. La regulación en la LACI. 3. La forma del convenio arbitral en el arbitraje doméstico. 3.1. El contrato de compromiso. 3.2. La cláusula compromisoria. 4. Efectos procesales del convenio o acuerdo de arbitraje. 5. La transferencia y transmisión de la cláusula de arbitraje. 6. El efecto relativo del convenio respecto de terceros. 7. La cláusula de arbitraje institucional. 8. La impugnación de las cláusulas patológicas y nulas. 9. Nulidad del convenio de arbitraje y su extensión.

1. PANORAMA LEGISLATIVO

Con la promulgación de la Ley N° 19.971, Sobre Arbitraje Comercial Internacional (D.O. de fecha 29 de septiembre de 2004), en adelante la LACI, en Chile rige un sistema dualista de arbitraje.

No obstante la unidad de fin que debe tener la convención de arbitraje, la actual regulación permite que convivan dos modelos antagónicos. Uno flexible

y desformalizado, para el arbitraje internacional; el otro formalista y rígido, para el de arbitraje interno, doméstico o local.

La relevancia de esta distinción importa principalmente por las ineficacias que pueden afectar a una u otra modalidad del convenio de arbitraje. En el caso del arbitraje interno *ad hoc*, su formalismo permite que surjan cláusulas patológicas que pueden poner en riesgo la eficacia del arbitraje, según pasamos a explicar¹.

(*) Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de los Andes de Santiago de Chile.

¹ Mayores antecedentes en la doctrina chilena se encuentran en los trabajos de AYLWIN, Patricio. *El Juicio Arbitral*. 5ta. Edición. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005; PICAND ALBONICO, Eduardo. *Arbitraje Comercial Internacional*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2005; SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo. *Régimen Jurídico del Arbitraje Comercial Internacional*. Santiago: Editorial Jurídica, 2005; ROMERO SEGUEL, Alejandro y José Ignacio DÍAZ VILLALOBOS. *El arbitraje interno y comercial internacional*. Santiago: Lexis Nexis, 2007; VÁSQUEZ PALMA, María Fernanda. *El arbitraje en Chile*. Santiago: legalpublishing, 2009; BIGGS, Gonzalo. "La institucionalidad chilena y el arbitraje internacional"; DOUGNAC RODRÍGUEZ, Antonio. "Antecedentes históricos

2. LA REGULACIÓN EN LA LACI

La convención de arbitraje en la LACI se regula en el artículo 7°, disponiendo que se trata de “(...) un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”.

Son rasgos esenciales del acuerdo de arbitraje previsto en la LACI los siguientes:

- 1°) En cuanto a su objeto, puede versar sobre disputas surgidas tanto de relaciones contractuales como extracontractuales.
- 2°) Tiene plena autonomía. En tal sentido, el artículo 16° número 1) de la LACI reconoce que una cláusula compromisoria puede separarse del contrato en la cual está incluida. Luego, dicha estipulación puede llegar a ser plenamente vinculante aunque el contrato haya sido declarado nulo.
- 3°) En cuanto a sus formalidades, el numeral 2) del artículo 7° señala, “el acuerdo de arbitraje

deberá constar por escrito. Se entenderá que el acuerdo es escrito cuando esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Esta regulación tiene como primer efecto lograr una desformalización en el acuerdo de arbitraje, atendiendo más a la manifestación de voluntad de las partes que a la forma de los actos jurídicos donde ella se plasma. Conforme a lo anterior, se introduce la posibilidad de utilizar el “documento electrónico” regulado en la Ley N° 19.799 de 2002, como soporte material de la convención de arbitraje.

3. LA FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE DOMÉSTICO

La libertad de formas que tiene el acuerdo de arbitraje en la LACI

sobre la regulación del arbitraje en Chile”; FIGUEROA VALDÉS, Juan Eduardo. “Tópicos de la Ley 19.971, Sobre arbitraje comercial internacional”; FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, “El arbitraje como regla general de solución de conflictos en los contratos civiles y comerciales”; IRARRÁZABAL COVARRUBIAS, Jaime, “El arbitraje en los tratados de libre comercio suscritos por Chile”. En: *Estudios de Arbitraje* (VV.AA), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007; SATELER, Ricardo, “Historia de la ley N° 19.971 sobre arbitraje comercial internacional”, todos los anteriores publicados en *Estudios de Arbitraje*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

contrasta con las fuentes del arbitraje interno, que se reducen prácticamente a dos: el compromiso y la cláusula compromisoria.

3.1. El contrato de compromiso

En el ámbito del arbitraje interno, el compromiso se regula como un contrato solemne, por el cual las partes someten determinados litigios actuales a la decisión de árbitros determinados. Sus exigencias formales están contenidas en el artículo 234 del COT, estableciendo que el nombramiento de árbitro deberá hacerse por escrito (sea por instrumento público o por uno privado). En él deberá expresarse:

- 1.º *El nombre y apellido de las partes litigantes.*
- 2.º *El nombre y apellido del árbitro nombrado.*

Si bien la ley no lo señala expresamente, se entiende que esta mención incluye la posibilidad de la designación de uno o más árbitros, como asimismo, la facultad de designar a un árbitro en calidad titular y sus sustitutos.

En el cumplimiento de esta exigencia se han generado dificultades, poniendo de relieve el formalismo del arbitraje interno en este punto. En efecto, en nuestra práctica arbitral son comunes las impugnaciones que denuncian la falta de este requisito esencial del contrato de compromiso, persiguiendo con ello anular todo lo obrado por el árbitro. Para evitar objeciones en tal sentido conviene en todo compromiso designar al árbitro con su nombre y apellido, y no es recomendable utilizar menciones a calidades genéricas del compromisario, como por ejemplo, las que aluden a cargos de presidentes de asociaciones gremiales o colegios profesionales, etc.².

² Dentro de los ejemplos que ilustran lo anterior, la CS en fallo de 3 de enero de 1995, declaró: “1º Que en mérito de estos antecedentes aparece que entre la Constructora Ventisqueros Ltda. y Eduardo Hernández Valderrama se suscribió el 7 de septiembre de 1992 un contrato para la remodelación de una vivienda familiar. 2º Que en su cláusula decimocuarta se estableció que cualquier dificultad o conflicto que se produzca a causa o como consecuencia del otorgamiento del presente contrato, o su aplicación, interpretación, cumplimiento o incumplimiento, será resuelta cada vez por un árbitro arbitrador designado de común acuerdo entre las partes y sin ulterior recurso, salvo el de queja ante la Corte Suprema. 3º Que si bien las partes en litigio establecieron una cláusula compromisoria, ellas no han designado la persona del árbitro que deba dirimir el conflicto surgido. 4º Que el nombramiento judicial de un árbitro solamente puede tener lugar cuando hay una obligación preexistente de nombrar árbitro, esto es, en los casos en que la ley o una cláusula compromisoria hacen forzoso el arbitraje, no procediendo nunca en virtud de un simple compromiso. 5º Que de acuerdo a lo antes razonado, en atención a que entre las partes no ha surgido el nombre del árbitro y dado a que no corresponde a la justicia ordinaria nombrarlo, cualquier conflicto que surja entre las partes contratantes debe ser resuelto por el juez de letras competente, quien no podrá excusarse de ello, razón por la que no procede acoger la excepción dilatoria de la incompetencia del tribunal (artículo 303 N° 1 del Código de Procedimiento Civil) planteada en autos”. (La sentencia está publicada por GUZMÁN JORDÁN, Julio, *El arbitraje en la Jurisprudencia Chilena*, Santiago: CAM, 2005, pp. 60-61). El mismo tribunal, en sentencia de 25 de abril de 1994, anuló todo lo obrado por un arbitrador señalando que no se había dado cumplimiento al artículo 234 del COT, al no ser posible individualizar al tribunal arbitral, como se hizo en ese caso, por la simple mención de alguna calidad del árbitro, como es el cargo que desempeña el Presidente de la delegación del Colegio de Arquitectos de Concepción (CS 25 de abril de 1994, *F. del M.* N° 425, p. 151).

3.º *El asunto sometido al juicio arbitral.* Esta exigencia mira al objeto del proceso, que es la controversia que debe resolver el árbitro, la que debe ser actual o futura, esto es, puede estar presente al momento de comprometer o bien suscitarse después de celebrado el compromiso.

4.º Las facultades que se confieren al árbitro, y el lugar y tiempo en que deba desempeñar sus funciones.

Faltando la expresión de cualquiera de los puntos indicados en los números 1.º, 2.º y 3.º, no vale el nombramiento. Si las partes no expresan con que calidad es nombrado el árbitro, se entiende que lo es con la de árbitro de derecho. Si falta la expresión del lugar en que deba seguirse el juicio, se entenderá que lo es aquel en que se ha celebrado el compromiso. Si falta la designación del tiempo, se entenderá que el árbitro debe evacuar su encargo en el término de dos años contados desde su aceptación (artículo 235º COT).

El compromiso, acordado con todas las exigencias legales, produce en el ámbito procesal el siguiente efecto: concede jurisdicción y competencia por razón de la materia al tribunal arbitral, vedando del conocimiento del asunto a los otros tribunales ordinarios o especiales. Si se infringe el convenio arbitral, llevando el asunto al conocimiento de otro tribunal diverso del arbitral deberá promoverse la respectiva alegación que denuncie la falta de competencia del tribunal ordinario o especial. Sin embargo, debe reconocerse que se trata de una atribución de jurisdicción bastante precaria, por

cuanto el compromiso puede cesar si las partes concurren de común acuerdo a la justicia ordinaria o a otros árbitros solicitando la resolución del mismo negocio (artículo 240º N° 1 COT).

La terminación del compromiso puede producirse por cualquiera de las siguientes situaciones:

- 1) De común acuerdo por las partes (resciliación) (artículo 1567º CC.; artículo 241º COT). Conforme al artículo 241º COT, “el compromiso concluye por revocación hecha por las partes de común acuerdo de la jurisdicción otorgada al compromisario”.
- 2) Por la dictación de la sentencia arbitral respecto de todos los asuntos sometidos a arbitraje. No obstante, si se hubiere pronunciado sentencia dentro de plazo podrá ésta notificarse válidamente aunque él se encontrare vencido, como, asimismo, el árbitro estará facultado para dictar las providencias pertinentes a los recursos que se interpusieren (artículo 235º inc. 4º del COT).
- 3) Por haber operado un equivalente jurisdiccional respecto del objeto del juicio arbitral (conciliación, transacción, avenimiento).
- 4) En caso de ser dos o más los árbitros, por la discordia entre los árbitros en el pronunciamiento de una resolución inapelable, salvo que se hubiere nombrado un tercero para que dirima dicha discordia (artículo 233º COT).

- 5) Por vencimiento del plazo dado al árbitro, salvo que se acuerde la prórroga.
- 6) Por la negativa para aceptar el cargo por la (o las) persona (s) designadas como árbitro(s).
- 7) Por la renuncia del árbitro, en los casos que la ley lo permite (por ejemplo, si fueren maltratados o injuriados por alguna de las partes. Artículo 240° N° 2° COT).
- 8) Por otras situaciones de hecho o de derecho: incapacidad sobreveniente, inhabilitación del árbitro, declaración de nulidad del compromiso, declaración de quiebra³, etc.

3.2. La cláusula compromisoria

Junto a la anterior forma de convención arbitral también se reconoce valor en el arbitraje interno a la cláusula compromisoria. Se trata de un acuerdo de voluntades mediante el cual las partes deciden someter un asunto litigioso a la resolución de un árbitro.

Su incorporación en nuestro medio se debe a la doctrina y a la jurisprudencia, puesto que en un principio algunos

autores postulaban su inaplicabilidad, argumentando que la única forma de convención de arbitraje prevista en el COT era el contrato de compromiso. El único efecto que se atribuía a la cláusula compromisoria era la de actuar como un contrato preparatorio o preliminar del arbitraje, explicación que gradualmente se desvaneció en la práctica arbitral⁴.

Una vez que se consolidó en la práctica forense que la cláusula compromisoria es una de las formas válidas para someter un asunto determinado a arbitraje, las diferencias sustanciales que se aprecian con el contrato de compromiso se reducen actualmente a tres:

- 1ª) Si dicho acto contiene o no la designación del árbitro. En la cláusula compromisoria no hay una indicación de la persona del árbitro, sino que las partes se obligan a designar al árbitro de común acuerdo con posterioridad, o a establecer el mecanismo para su nominación si no lo designan directamente.
- 2ª) En la naturaleza del encargo para el compromisario. A diferencia del compromiso, que se celebra como un contrato *intuitu personae*, el arbitraje nacido de una cláusula

³ Sobre este punto, VARELA MORGAN, Raúl. "Efectos que produce la quiebra del concedente o del usuario en un leasing financiero de bienes muebles". En: *RDJ*. Tomo: LXXXV, 1988, pp. 150-151.

⁴ Cfr. VARGAS BARROS, Osvaldo. *La cláusula compromisoria*, Memoria de Prueba, 1938. La tardanza en la incorporación de la cláusula compromisoria se explica porque la reglamentación chilena sobre arbitraje siguió las fuentes históricas españolas, que sólo reconocían valor al compromiso. En España la admisión de la cláusula compromisoria no se produce sino hasta la ley de arbitraje de 1953. El antiguo Derecho español, siguiendo al Derecho Común, había visto siempre la función del árbitro como la de otro juez, es decir, para terminar un litigio ya existente (Cfr. VÁSQUEZ DE CASTRO, Luis. *La cláusula compromisoria en el arbitraje civil*. 2da. Edición. Madrid: Civitas, 1991, pp. 26-27).

compromisoria no termina por las causales que suponen un rasgo personal del árbitro. Si el árbitro designado por una cláusula compromisoria no puede terminar su encargo subsisten los efectos de esta cláusula, y debe precederse nuevamente a designar a otro árbitro⁵.

- 3ª) En la cláusula compromisoria la manifestación de voluntad de las partes busca sustraer definitiva y permanentemente el conocimiento de la justicia ordinaria determinados conflictos, obligándose a entregar su decisión al fallo de árbitros⁶.

La terminación de los efectos de la cláusula compromisoria se puede producir por cualquiera de las siguientes situaciones:

- 1) De común acuerdo por las partes o resciliación (artículo 1567° CC).
- 2) Por el pronunciamiento de la sentencia arbitral respecto de todos los asuntos sometidos a arbitraje.

- 3) Por haber operado un equivalente jurisdiccional respecto del objeto del juicio arbitral (conciliación, transacción, avenimiento).

4. EFECTOS PROCESALES DEL CONVENIO O ACUERDO DE ARBITRAJE

Cualquiera sea su denominación (compromiso, cláusula compromisoria o acuerdo de arbitraje) el ordenamiento arbitral chileno reconoce que la convención de arbitraje produce dos tipos de efectos: positivos y negativos⁷.

El efecto positivo es el que permite a una de las partes obligar a la otra a tener que solucionar mediante el arbitraje uno o más conflictos jurídicos presentes o futuros.

El efecto negativo, en cambio, apunta a impedir que las partes, salvo acuerdo contrario de las mismas, puedan promover la controversia ante la justicia estatal.

⁵ En la jurisprudencia esta diferencia se aprecia, entre otras, en las siguientes declaraciones: "(...) el hecho de faltar uno de los miembros del Tribunal designado [uno de ellos aceptó una recusación amistosa] obsta a la constitución de éste, pues lo sustantivo de la designación radica, a juicio de esta Corte, en la nominación de un solo tribunal arbitral constituido por 2 personas, que deben actuar conjuntamente, como lo expresa el artículo 237 del Código Orgánico de Tribunales, al referirse al pronunciamiento de la sentencia que se emite en el respectivo juicio. Resulta evidente que, en la especie, en forma irreversible, no podrá darse cumplimiento a dicha norma por faltar el segundo de los árbitros designados. Lo anterior constituye un contrato que liga, por igual, a las partes y a éstas con los árbitros designados, de modo que no habiendo la unanimidad exigida por la ley, no resulta lícito que dicha voluntad se altere por el tribunal de la instancia, pues este no tiene la facultad que se atribuye". En consecuencia, se dejó sin efecto la designación del reemplazante, declarando que con la inhabilitación de uno de los dos árbitros, "ha quedado sin efecto el compromiso convenido entre las partes, recuperando su imperio la jurisdicción ordinaria (...)". (C. de Ap. de Santiago, 29 de noviembre de 1995, *RDJ*, t. XCII, sec. 2ª, p. 145).

⁶ En tal sentido, C. de Ap. de Santiago, 29 de noviembre de 1982, *RDJ*, t. LXXIX, sec. 2ª, p. 7 (Se desechó en dicha sentencia como criterio para diferenciar entre compromiso y cláusula compromisoria el de la fecha en que se produce el conflicto).

⁷ Entre otras, se ocupa de desarrollar este tema en nuestra jurisprudencia la sentencia de la CS de 14 de octubre de 1993, *F. del M.* N° 425, p. 144.

La forma de hacer valer estos efectos depende del tratamiento procesal que se da en el régimen dualista chileno a la excepción de incompetencia y litispendencia, que son los instrumentos que permiten hacer cumplir estos efectos del convenio arbitral.

Para hacer valer los efectos que produce el convenio arbitral se han ido imponiendo directamente la utilización de instrumentos procesales. Normalmente, a través de la intervención directa de la judicatura, se logra dar fuerza vinculante al arbitraje, generándose un auténtico desuso de las acciones de cumplimiento de contrato en esta materia⁸.

5. LA TRANSFERENCIA Y TRANSMISIÓN DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE

Un tema interesante en relación a los efectos de la cláusula de arbitraje es el de la transferencia o transmisibilidad de sus efectos. El problema se refiere puntualmente a la situación de las partes, ya que la nominación del árbitro nunca se traspasa a los herederos o sucesores del árbitro por ser un acto *intuitu personae*; el fallecimiento del árbitro extingue todas las obligaciones que para él surgieron del convenio de arbitraje.

En cambio, distinta es la situación de los causahabientes o herederos de la parte

que nominó a un árbitro para una futura partición de bienes. La transmisión de los efectos de dicha nominación se sanciona en el artículo 1324° del CC cuando dispone que “valdrá el nombramiento de partidor que haya hecho el difunto por instrumento público entre vivos o por testamento, aunque la persona nombrada sea albacea o consignatario, o esté comprendida en alguna de las causales de implicancia o recusación (...)”.

En la transmisión de los restantes contratos o actos jurídicos se debe aplicar lo previsto en el artículo 1097° del CC, en virtud de la cual los herederos representan a la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles, sin que para ello se requiera de la voluntad de quien contrató con su causante. Conforme a dicha norma, los efectos del convenio de arbitraje se transmiten a los sucesores del causante, sin perjuicio de su derecho a recusar al compromisario.

En el caso de la transferencia el tema no tiene una norma expresa que aborde directamente esta cuestión, debiendo aplicarse las pautas doctrinales acerca de la cesión del crédito o de la cesión del contrato⁹.

Si se trata de la cesión de un contrato que tiene incorporada una cláusula arbitral, la cesión del mismo es oponible

⁸ Desde el prisma del derecho de obligaciones, sobre los efectos del convenio de arbitraje cfr. ABELIUK MANASEVIC, René. “El arbitraje y las obligaciones de las partes y del árbitro”. En: *Estudios de Arbitraje*. Op. cit.; pp. 41-53.

⁹ En la doctrina extranjera, entre otros, CAVALLINI, Cesare. “Il trasferimento della clausola compromissoria”. En: *Revista di Diritto Civile*. Volumen XLIX. N° 5, 2003, pp. 473-492; FESTI, Fiorenzo. “Cessione del crédito e clausola compromissoria”. En: *Revista di Diritto Civile*, Volumen LI. N°2, 2005, pp. 241-256.

al cesionario. Como en este caso se trata de un negocio jurídico trilateral¹⁰, la cesión determina que el cesionario asuma los efectos de dicho acto en relación a la convención de arbitraje, salvo que las partes hubieran dispuesto expresamente lo contrario.

En el caso de la cesión de derechos personales, el Título XXV del Libro IV del CC, no señala qué efectos tiene este acto en relación a la cláusula de arbitraje que pudiera haberse pactado por las partes, naturalmente en relación a los conflictos surgidos en relación a dicho derecho personal. El artículo 1906° del CC soluciona solamente el tema de las garantías, al disponer que, “la cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas; pero no traspasa las excepciones personales del cedente”.

La falta de solución legal admite dos interpretaciones. Por un lado, el tercero que no suscribió el contrato podría alegar la inoponibilidad del convenio de arbitraje, aduciendo que el único efecto transferido era el crédito, no la estipulación de arbitraje.

En el otro extremo, podría entenderse que la cesión de derechos incluye la cesión de la cláusula arbitral. Bajo este predicamento, la cláusula arbitral sería un accesorio de lo principal, el crédito.

6. EL EFECTO RELATIVO DEL CONVENIO RESPECTO DE TERCEROS

El principio general en esta materia es que el convenio arbitral produzca sus efectos entre las partes, no respecto de terceros¹¹. De igual forma, y con base en el mismo principio, se entiende que el laudo o sentencia arbitral no alcanza a aquellos que en un arbitraje no fueron citados a la audiencia de designación del árbitro o no concurrieron con su voluntad a la designación del compromisario.

En la jurisprudencia ha aplicado el criterio anterior explícitamente la sentencia de la CS de 22 de noviembre de 1939, cuando estableció que las resoluciones del compromiso obligan sólo a los comuneros que fueron parte en el juicio y no puede hacerse efectiva contra terceros que no han litigado, “porque la acción de cosa juzgada, para que sea procedente cuando se persigue con ella el cumplimiento de una obligación de dar, de hacer o de no hacer, debe dirigirse contra la persona condenada a tales prestaciones conforme al principio de derecho de que ‘el juicio que fuere dado contra alguno no empece a otro’”¹².

Ahora, lo anterior no obsta para que en determinadas situaciones el efecto del convenio arbitral produzca efectos respecto de terceros, como puede ocurrir

¹⁰ Sobre este tema en nuestra doctrina, FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. *La asunción de deudas y la cesión del contrato*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1984, pp. 79-83.

¹¹ CS 5 de enero de 1982, RDJ, t. LXXIX, sec. 1ª, p. 1; CS 29 de enero de 1932, RDJ, t. XXX, sec. 1ª, p. 52 (“con arreglo a la legislación común el pacto de arbitraje no liga sino a las partes que han concurrido a su celebración”).

¹² CS de 22 de noviembre de 1939, RDJ, t. XXXVII, sec. 1ª, pp. 470-473.

en los casos que se pueda producir una subrogación legal o alguna hipótesis de sucesión procesal, en los términos que pasamos a explicar.

Bajo ciertos supuestos los efectos del convenio arbitral pueden hacerlos valer terceros, los cuales surgen de ciertas subrogaciones legales, donde un tercero que no fue parte del contrato, en el cual consta el pacto de arbitraje, hace valer dicha cláusula en su beneficio. El caso más típico surge en las actuaciones de las compañías de seguros, cuando ejercen sus acciones para recuperar de un tercero lo pagado en cumplimiento de un contrato de seguro, conforme al artículo 553° del Código de Comercio¹³.

Aunque técnicamente no conforma una hipótesis de subrogación, una situación similar se da con la participación de los síndicos en los arbitrajes, cuando deben asumir la representación del fallido de conformidad a la Ley de Quiebras. Aunque el síndico no concurrió al la suscripción del acuerdo de arbitraje, le es oponible sus efectos¹⁴.

7. LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE INSTITUCIONAL

Junto a las cláusulas que permiten el desarrollo del arbitraje *ad hoc* en Chile; también existe la posibilidad de pactar un arbitraje institucional.

Al igual que en el arbitraje *ad hoc*, las partes acuden al arbitraje institucional

mediante la suscripción de una convención o acuerdo. Ahora, por su propia naturaleza la declaración de voluntad en el arbitraje institucional se encamina a confiar a un determinado ente la administración del arbitraje. Normalmente, se llega a esta forma de organización arbitral utilizando cláusulas cuya redacción es propuesta por los propios centros de arbitrajes. A modo de ejemplo, la cláusula tipo de la Cámara de Comercio de Santiago para el nombramiento de un árbitro dispone: “Cualquier dificultad o controversia que se produzca entre los contratantes respecto de la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución de este contrato o cualquier otro motivo será sometida a Arbitraje, conforme al Reglamento Procesal de Arbitraje vigente del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago”. “Las partes confieren poder especial irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago A.G., para que, a solicitud escrita de cualquiera de ellas, designe al árbitro de derecho de entre los abogados integrantes del cuerpo arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago”.

La Ley 19.971 acepta al arbitraje institucional con toda amplitud, aludiendo a esta realidad en varios de sus preceptos. Dicho reconocimiento permite que los centros organizados en Chile, puedan ofrecer administrar arbitrajes aprovechando el marco legal dado por la LACI. De hecho, la LACI no define que debe entenderse por árbitro, sino que en el artículo 2°, de un modo

¹³ Un ejemplo se encuentra en la sentencia pronunciada por el arbitrador don Carlos Urenda Zegers, de 24 de septiembre de 2001. (La sentencia está publicada en el Tomo II *Sentencias Arbitrales CAM Santiago*, Rol N° 266, pp. 259-286).

¹⁴ En tal sentido, C. de Ap. de Santiago, 15 de septiembre de 2004, GJ N° 291, pp. 132-134.

genérico, dispone que “para los efectos de esta ley arbitraje significa cualquier arbitraje con independencia de que sea o no una institución arbitral permanente la que haya de ejercitarlo”.

La ausencia de un concepto de árbitro en la Ley 19.971 se ha hecho justamente para que sean admisibles todas las expresiones de lo que modernamente comprende la organización del arbitraje, incluida, naturalmente, la de tipo institucional.

Como se anticipaba, al igual que en el arbitraje *ad hoc*, las partes acuden al arbitraje institucional mediante la suscripción de una convención. Sin embargo, el objeto de esta declaración de voluntad es diversa, puesto que se encamina a confiar a un determinado ente la administración del arbitraje. En el fondo, la convención de arbitraje institucional no hace otra cosa que darle fuerza contractual al reglamento de arbitraje del ente respectivo, con todo lo que ello implica.

8. LA IMPUGNACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS Y NULAS

Para que la cláusula de arbitraje sea eficaz es necesario que los que convienen en dicho acto o declaración de voluntad sean legalmente capaces (artículo 1445° CC). Conjuntamente con lo anterior, esa declaración debe respetar las exigencias propias del arbitraje, específicamente que el árbitro tenga capacidad, que la materia sea susceptible de arbitraje (que no sea de arbitraje prohibido), y que el convenio arbitral cumpla con las

formalidades señaladas por la ley para que pueda producir los efectos positivos y negativos ya indicados.

Asimismo, la cláusula arbitral debe estar exenta de errores que sin tipificar técnicamente un vicio del consentimiento puedan convertir a esta declaración de voluntad en un acto ineficaz. En este punto se debe actuar con toda prolijidad para evitar que pueda originarse en la práctica lo que el jurista francés FREDERIC EISMEANN denominó una “cláusula patológica”. Con dicha expresión se quiere hacer referencia a aquellas estipulaciones de arbitraje que por distintas razones no logran el efecto esencial de esta declaración de voluntad, que sabemos es someter un conflicto a arbitraje.

Los vicios o defectos que generan una cláusula patológica no se limitan a un tema de control de los requisitos de existencia o de validez del acto jurídico. Para que se dé esta situación puede resultar suficiente un simple error en una determinada mención, y el pretendido arbitraje no puede prosperar.

En explicación de FERNÁNDEZ, “la cláusula arbitral puede presentar problemas, generalmente de índole fáctico, que impidan una claridad total e inicial, sobre la voluntad de las partes de someterse a arbitraje y dicha valoración puede volver a requerir la intervención judicial (...)”; “la cláusula patológica surge en función de circunstancias muy diversas, por ejemplo, la designación como rectora del procedimiento arbitral de una norma derogada; la falta de voluntad clara y terminante de someterse a arbitraje; la ausencia expresa y terminante de renuncia a la tutela judicial efectiva de jueces y

tribunales; la defectuosa designación de la institución encargada de administrar el arbitraje; la concurrencia de la sumisión de arbitraje como método de solución de las posibles controversias dimanantes del contrato, con la elección del foro judicial; la inclusión de modalidades en el ejercicio de la actividad arbitral de imposible o difícil cumplimiento, tales como plazos excesivamente breves para llegar al laudo definitivo, o el establecimiento de un procedimiento de designación de árbitros excesivamente alambicado. En definitiva, nos encontramos con una cláusula patológica cuando incluya una expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, acerca de la identificación de la institución arbitral competente o respecto de la auténtica renuncia a la jurisdicción estatal¹⁵.

Como se anticipaba, la existencia de un sistema dualista de arbitraje en Chile también se proyecta a los instrumentos que permiten impugnar la eficacia de las cláusulas arbitrales. En efecto, la carencia

de un sistema unitario determina que para el arbitraje interno o doméstico la cláusula de arbitraje puede ser atacada incluso una vez concluido el arbitraje, deduciendo la acción ordinaria de nulidad prevista en el Código Civil¹⁶. Así, cuestionando la validez del convenio arbitral se ha logrado revertir sentencias arbitrales que ya estaban firmes y ejecutoriadas¹⁷. Bajo tal esquema, hay que reconocerlo, es el transcurso del plazo de prescripción de la acción ordinaria de nulidad lo que da certeza jurídica a lo decidido en un arbitraje y no el efecto de cosa juzgada.

Desde otro punto de vista, la situación anterior compromete la certeza jurídica que también se debe garantizar en este proceso. Esta falencia contrasta con lo que ocurre con las decisiones emanadas de la justicia estatal, donde la erradicación de las acciones ordinarias para privar de eficacia a la cosa juzgada cuenta con un mecanismo consolidado legal y jurisprudencialmente¹⁸.

¹⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. "El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino". En: *Estudios de arbitraje*. Op. cit.; pp. 709-710. Otra descripción del fenómeno en: GUERRERO DEL RÍO, Roberto. "Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial internacional y sobre las cláusulas patológicas en particular". En: *Estudios de Arbitraje*. Op. cit.; pp. 633-634.

¹⁶ En tal sentido, se ha dicho que: "entre nosotros, la falta de un procedimiento especial no alterará el principio de que las nulidades absolutas no pueden sanearse ni aun por el consentimiento de todas las partes (...)" (AYLWIN, Patricio. *El Juicio Arbitral*. Op. Cit.; p. 296).

¹⁷ Como ejemplos, CS, 2 de agosto de 1944, RDJ, t. XLII, sec. 1ª, p. 235; C. de Ap. de Santiago, 26 de octubre de 1944, RDJ, t. XLII, sec. 2ª, p. 24.

¹⁸ Tal como lo refleja la sentencia de la CS, de 30 de julio de 1924, "la acción ordinaria de nulidad que procede en nuestro derecho para pedir la nulidad de los actos y declaraciones de voluntad, que se gobierna por los preceptos de los arts. 1681, 1682 y 1683 del Código Civil no tiene aplicación actualmente, ni la tenía tampoco a la fecha de la dictación de la sentencia interlocutoria que dió lugar a la adjudicación, con respecto a las resoluciones judiciales, por cuanto, debiendo regirse las actuaciones procesales por las leyes especiales de enjuiciamiento, ninguna de las que se encontraban en vigor al dictarse la mencionada sentencia autorizaban el ejercicio de acción alguna encaminada a invalidar por medio de un juicio ordinario lo resuelto en otro juicio ya finiquitado". // "Si bien las leyes de partidas, y entre ellas las leyes 1ª, Tít. 26 de la Partícula 3ª y 28, Tít. 11 de la Partícula 5ª, que se invocan en el recurso, autorizaban originariamente el recurso que se llama de retractación, en señalados casos, esas leyes, restringidas en su alcance por las del Tít. 18 del Libro 11 de

En cambio, uno de los mayores aciertos técnicos de la LACI está en su sistema de impugnación mediante una acción de nulidad. Las causales allí previstas abarcan prácticamente todos los aspectos relativos al arbitraje, comprendiendo desde la regularidad del procedimiento arbitral, las exigencias de validez del convenio y el eventual control frente de la infracción al orden público chileno. Mediante esta opción se busca dar certeza y estabilidad a la decisión arbitral, impidiendo el ejercicio de acciones que directa o indirectamente pretendan revertir el resultado del proceso arbitral¹⁹.

9. NULIDAD DEL CONVENIO DE ARBITRAJE Y SU EXTENSIÓN

Una discusión clásica en la doctrina jurídica es el de los efectos de la

declaración de nulidad y su incidencia en el convenio arbitral.

A diferencia de lo que ha ocurrido en el campo arbitral interno, la LACI ha tomado partido sobre este delicado asunto. Sobre el particular, en el artículo 16° de la LACI se establece que, “1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir (...) incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. A ese efecto, una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato. La decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria”.

En cambio, en el arbitraje interno todavía se mantiene una larga disputa en torno a los efectos de la declaración de

la Novísima Recopilación, fueron derogadas por la ley patria de 1° de marzo de 1837 la cual, al conceder el recurso de nulidad por todos los motivos que enumera su artículo 28 y además por cualquiera otro que produzca nulidad, según prevención expresa de las leyes, puso de manifiesto la voluntad del legislador de circunscribir al campo de acción de esa misma ley de nulidades todo lo que sobre la materia contenían las disposiciones hasta entonces vigentes y, consiguientemente, la voluntad de mantener, en lo demás, el principio de la presunción de verdad que entraña la cosa juzgada y que es base indispensable para la estabilidad de los derechos” (CS 30 de julio de 1924, *RDJ*, t. XXII, sec. 1ª, p. 1037).

¹⁹ La LACI prevé la posibilidad de anular el laudo arbitral cuando se configure alguna de las causas que de manera taxativa señala el artículo 34°, las que son comunes al arbitraje de derecho y al de equidad. Al respecto el artículo 34° de la LACI señala: “2) El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando: a) La parte que interpone la petición pruebe: i) Que una de las partes en el acuerdo de arbitraje a que se refiere el artículo 7° estaba afectada por alguna incapacidad, o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado, o ii) Que no ha sido debidamente notificada de la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos, o iii) Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrán anular estas últimas, o iv) Que la composición del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo estuviera en conflicto con una disposición de esta ley de la que las partes no pudieran apartarse o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta ley, o b) El tribunal compruebe: i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje, o ii) Que el laudo es contrario al orden público de Chile”.

nulidad del convenio arbitral y acerca de si el árbitro es competente para conocer de esta declaración. Sobre este punto se constatan dos propuestas. Una que aboga por la autonomía del convenio arbitral; otra, que estima que se trata de una cuestión accesoria del contrato de cuya eficacia depende²⁰.

Es posible que la solución adoptada por la LACI sirva de antecedente para dar por terminado el debate, evitando las dilaciones y pérdidas de eficacia de lo tramitado en arbitrajes internos, dando la misma solución para un problema que es idéntico.

²⁰ C. de Ap. de Santiago, 28 de mayo de 1980, *RDJ*, t. LXXXVII, sec. 2ª, p. 64 (El pacto arbitral es autónomo del contrato al que se incorpora); en igual orientación, C. de Ap. de Santiago, 14 de octubre de 1993, *F. del M.* N° 425, pp. 143-144. En cambio, le niega al árbitro la competencia para conocer del asunto cuando se cuestiona la validez de la cláusula arbitral la sentencia de la CS de 6 de octubre de 1993 ("5° Que, por último, habiéndose demandado la nulidad o la resolución de ciertos actos jurídicos, entre los cuales se cuenta aquel que se contiene en la cláusula compromisoria, que se verá afectada por la acción entablada, no resulta procedente que el conocimiento del juicio sea entregado al árbitro designado para otras materias". La sentencia está publicada por: GUZMÁN JORDÁN, Julio. *El arbitraje en la Jurisprudencia Chilena. Ob. Cit.*; pp. 124-125). Para un mayor desarrollo del problema, cfr. PEREIRA ANABALÓN, Hugo. "Competencia de árbitro arbitrador para conocer de una demanda de nulidad de una cláusula compromisoria". En: *GJ* N° 187, pp. 7-18.

COLOMBIA

LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: REFLEXIONES Y PROBLEMÁTICAS DE LA EXPERIENCIA COLOMBIANA

HÉCTOR HERNÁNDEZ BOTERO (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La autonomía de la cláusula arbitral en cuanto a su ley aplicable: Un problema interpretativo. 2.1. Normas aplicables a la cláusula arbitral cuando son escogidas por las partes. 2.2. Ley aplicable al contrato principal como norma aplicable a la cláusula arbitral. 2.3. Ley del foro como ley aplicable a la cláusula arbitral. 2.4. El caso colombiano. 3. La autonomía de la cláusula arbitral frente al contrato inexistente. 3.1. Falta de acuerdo de voluntades a la luz del caso colombiano. 4. El principio de la cláusula arbitral y el principio de kompetenz-kompetenz. 4.1. El principio de kompetenz-kompetenz en Colombia. 5. Comentario final.

1. INTRODUCCIÓN

El principio de la autonomía de la cláusula arbitral ha sido considerado como la piedra angular del arbitraje comercial, tanto en los escenarios colombianos como en los internacionales, pues es ésta la que da origen a la solución de controversias por el medio arbitral.

El pacto arbitral proviene del ejercicio de la libertad para contratar, es decir, de la

autonomía de la voluntad. Este importante principio general del derecho faculta a los sujetos de una relación contractual, frente a una controversia, para renunciar a la jurisdicción ordinaria de manera que uno o varios terceros –generalmente abogados– sean investidos transitoriamente con poderes jurisdiccionales semejantes a los que la Ley les atribuye a un juez.

Ahora bien, la cláusula arbitral opera alrededor de su autonomía frente

(*) Socio y Jefe de Litigios de Prieto & Carrizosa Abogados, Bogotá, Colombia.

El autor agradece la especial colaboración de JORGE MARIO GARCÍA en la elaboración de este trabajo.

al contrato principal, y así, la hace eficaz frente a diversas situaciones de hecho y de derecho, lo cual, a su vez, genera dificultades interpretativas acerca de la naturaleza jurídica de dicho acuerdo. La autonomía de la cláusula arbitral ha sido reconocida por las regulaciones jurídicas arbitrales internacionales desde su origen, pues esta independencia garantiza la viabilidad del procedimiento arbitral frente a los vicios contenidos en el contrato principal. Así, esta posición ha sido asumida por los más conocidos reglamentos de los centros arbitrales, reconociendo ampliamente la validez y existencia del pacto arbitral con independencia del contrato principal. Dentro de dichas regulaciones resalto las siguientes: El Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, la establece en su artículo 6º(4); Por su parte, el reglamento de la *London Court of Arbitration* (en adelante, “LCIA”), dispone la autonomía de la cláusula arbitral en su artículo 23.1º; Otro ejemplo puede ser encontrado en Suiza, donde con el fin de promover el arbitraje institucional y de armonizar los reglamentos de arbitraje existentes, las Cámaras de Comercio e Industria de Basilea, Berna, Ginebra, Tesino, Vaud y Zurich adoptaron un cuerpo único y uniforme de reglas, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional. Este reglamento incluye en su artículo 21º el principio de la autonomía de la cláusula arbitral.

Por su parte, el artículo 16º de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje

Comercial Internacional contempla el principio de la cláusula arbitral.

La autonomía de la cláusula arbitral ha sido adoptada también por diversas legislaciones locales a nivel mundial. Así, lo podemos observar, entre otros, en los siguientes casos: Ley de Arbitraje de Perú, la cual a través del D. Leg. N° 1071 de dicho país estableció en su artículo 41º la independencia de la cláusula arbitral; Holanda por su parte reguló este importante concepto en el *Arbitration Act* No. 1 de 1986 en su artículo 1053º contenido en el libro cuarto del Código de Procedimiento Civil; De igual forma, la jurisprudencia francesa consagró dicho principio en sentencia del 7 de mayo de 1963¹; España, a través de la Ley 60 de 2003 acerca de arbitraje, lo contempló en su artículo 22º; En Inglaterra, el *English Arbitration Act* de 1996 estableció este principio en su artículo 7º; Por último, tenemos el caso colombiano cuya normatividad arbitral también ha reconocido el principio de la independencia de la cláusula arbitral en el artículo 116º de la Ley 446 de 1998, el cual fue después incorporado al Decreto 1818 de 1998 en su artículo 118º.

Como lo podemos observar, el principio objeto de estudio del presente artículo, está ampliamente regulado tanto en la esfera nacional como internacional del arbitraje comercial.

La cláusula arbitral ha suscitado problemáticas jurídicas que han puesto en duda la viabilidad del procedimiento arbitral y/o las reglas de juego pactadas

¹ CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *El Contrato de arbitraje: El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 81.

por las partes –o no necesariamente pactadas por las partes como ya veremos más adelante– de manera que hoy en día es necesario prever diversas situaciones relacionadas con tan importante principio del arbitraje comercial internacional. De esta forma, he identificado algunas de las situaciones que pueden afectar el normal desenvolvimiento de un procedimiento arbitral. Por lo anterior, aprovecho algunas de las manifestaciones de la autonomía de la cláusula arbitral para realizar unas breves reflexiones y comentarios acerca de las problemáticas interpretativas que dicha independencia pueden suscitar. Así, el objeto de estudio del presente escrito será analizar la autonomía de la cláusula arbitral frente a su ley aplicable, la autonomía de la cláusula arbitral frente al contrato inexistente y la autonomía de la cláusula arbitral en cuanto a la competencia del árbitro (*Principio kompetenz-Kompetenz*) de manera que queden claras las posibles soluciones a estas dificultades, y aún más importante, realizar unos breves comentarios acerca del caso colombiano.

2. LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN CUANTO A SU LEY APLICABLE: UN PROBLEMA INTERPRETATIVO

En el contexto del arbitraje comercial internacional, la ley utilizada por los árbitros para resolver la controversia objeto del litigio ha generado siempre una labor interpretativa exigente y

algunas veces controversial para los árbitros cuando las partes no pactaron la misma. Dicha labor cobra la mayor importancia en el escenario arbitral, pues el contrato por sí mismo no tiene cómo auto regularse. Así lo expone el autor Santiago TALERO RUEDA:

“(...) es necesario establecer que todo contrato debe tener un sistema jurídico de referencia que determine los alcances y efectos de las estipulaciones de las partes. No hay contratos “autosuficientes”, en lo cuales las partes puedan válidamente derogar las normas de orden público de un sistema jurídico que resulta aplicable a dicho contrato. Independientemente de la claridad y suficiencia de las cláusulas pactadas por los contratantes, será necesario, en todo caso, determinar la validez de éstas últimas a partir de un sistema jurídico que sirva como base o referente”².

Como muy bien lo explica, no hay contratos “autosuficientes”, y así, todo contrato debe tener una ley aplicable. Es en este punto donde la naturaleza jurídica del pacto arbitral está relacionada directamente con la autonomía del mismo, pues como contrato autónomo su autorregulación es imposible, y en consecuencia, debe tener una ley aplicable. Dicho en otras palabras, en un contrato sin pacto arbitral no es necesario acordar la ley aplicable debido a que tanto las normas procesales y sustantivas ordinarias tienen el propósito de resolver este asunto, obviamente con las diversas interpretaciones que podrían derivarse de un contrato con alcances internacionales sin cláusula arbitral.

² TALERO RUEDA, Santiago. *Arbitraje Comercial Internacional Instituciones Básicas y Derecho Aplicable*. Bogotá: Editorial Temis, 2008, pp. 285-286.

En virtud de lo anterior, podemos asegurar que debido a que el contrato principal y el pacto arbitral son convenciones autónomas, éstas deben ser reguladas de manera independiente, tal y como ocurre con los contratos principales y sus accesorios.

Si bien la cláusula arbitral puede estar –o no– contenida en el contrato principal, ésta ha sido considerada siempre como un contrato independiente, ya que su objeto no está encaminado a la ejecución del contrato. Por el contrario, el objeto del pacto arbitral es excluir la competencia de los jueces estatales. Nuestro análisis no cambia cuando hablamos por separado de las dos figuras que puede tomar el pacto arbitral, aún cuando estas producen los mismos efectos jurídicos³⁻⁴.

Debido a esta autonomía, la decisión acerca de la validez, eficacia y existencia de la cláusula arbitral crea una problemática en cuanto a las normas que le son aplicables. Digo lo anterior porque si las partes no especifican la ley aplicable al pacto arbitral, dejan en el ámbito de la interpretación de los árbitros los aspectos relacionados con la existencia, eficacia y validez de dicho pacto.

Así, resulta importante preguntarse si su naturaleza independiente tiene el alcance suficiente para tener regulaciones, de igual forma, autónomas y, en algunos casos, diferentes. Lo afirmado por las regulaciones mencionadas en la sección anterior, relacionan dicha independencia a la voluntad de las partes. Por ende, entiendo que las partes pueden pactar normas distintas para regular la convención principal y al pacto arbitral. Esta problemática surge cuando hay silencio de las partes acerca de las normas que regularán el pacto arbitral de manera que los árbitros no conocen *prima facie* la ley a que están sujetas la validez, eficacia y existencia del mismo. En este caso, otra vez, entramos en el ámbito de la interpretación que tendrán que hacer los árbitros.

La doctrina internacional ha elaborado una serie de posibles soluciones. Aunque cualquiera de las posibilidades es plenamente viable, es necesario analizar el ordenamiento jurídico local para establecer cuál será la más apropiada para cada país. Ya será el lector, árbitro o jurista quien adopte una posición al respecto.

³ A manera de precisión conceptual y para efectos del presente artículo, entendemos el compromiso como aquel acuerdo arbitral celebrado por fuera del contrato y cláusula compromisoria y/o cláusula arbitral como aquel acuerdo arbitral contenido en el contrato. Entendemos por acuerdo arbitral y/o pacto arbitral como el género de las dos anteriores.

⁴ Comparto la apreciación del autor JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA cuando expresa: “(...) No hay razón para tratar en forma distinta el pacto arbitral que está incorporado en el contrato del que se celebra por separado.

Por lo demás el pacto arbitral y el contrato tienen un contenido claramente diverso. El compromiso tiene ante todo un contenido procesal, en la medida que se refiere al ejercicio del derecho de acción, mientras que el contrato tiene un contenido sustancial sin que exista por consiguiente una subordinación de lo uno a lo otro, y ello determina la autonomía” en CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *El Contrato de arbitraje: El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 88.

2.1. Normas aplicables a la cláusula arbitral cuando son escogidas por las partes

Como lo mencioné anteriormente, el pilar jurídico de la cláusula arbitral es la autonomía de la voluntad, es decir, la libertad para contratar. Así, la misma libertad concedida a las partes para elegir la ley sustancial del contrato principal debe ser extendida para la elección de la ley aplicable al pacto arbitral. En ese orden de ideas, pueden ser las mismas partes quienes libremente designen las normas sobre las cuales los árbitros decidirán acerca de la validez, existencia y eficacia del pacto arbitral.

La aceptación a esta alternativa puede ser observada en la Convención de Nueva York de 1958 sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (en adelante “Convención de Nueva York”), la cual en su artículo V establece las causales para denegar el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Así, el artículo V (1) (a) de dicha convención dispone que la autoridad competente del país donde la parte victoriosa pretende hacer efectivo el laudo extranjero podrá denegar su ejecución y reconocimiento si el acuerdo

arbitral no es válido en virtud de la ley a la cual las partes lo hayan sometido.

Las cláusulas modelo propuestas por los centros de arbitraje no contienen una disposición especial acerca de la ley aplicable específicamente al pacto arbitral. No obstante lo anterior, recomiendan complementar la redacción de dicha cláusula con otros aspectos que consideren relevantes. Uno de estos aspectos relevantes es la ley aplicable al pacto arbitral⁵.

2.2. Ley aplicable al contrato principal como norma aplicable a la cláusula arbitral

Esta posición acepta la autonomía de la cláusula arbitral pero no en cuanto a las normas que le son aplicables. Así, la independencia de la cláusula arbitral no es total, entendiendo que cuando las partes libremente eligen una ley aplicable al contrato principal tácitamente están escogiendo las normas que definirán la validez y existencia de la cláusula arbitral. Así, el reconocido autor Yves DERÁINS ha sostenido que el principio de la autonomía de la cláusula arbitral no quiere decir que ésta sea completamente independiente del contrato principal, como puede ser evidenciado por el hecho

⁵ Aceptada la tesis que propone que las partes pueden libremente pactar las normas aplicables al pacto arbitral, cabe preguntarse bajo qué óptica deben ser escogidas dichas normas. Pues bien, esto depende, en mayor medida, del lugar donde pretenden hacer efectivo el laudo en caso de salir victoriosos de una controversia. Como lo vimos en el artículo V (1) (a) de la Convención de Nueva York, la ejecución del laudo puede ser denegada si, a la luz de las normas escogidas por las partes, éste es inválido. Las normas que elijan las partes para el pacto arbitral deben también tener relación con la ley sustancial del contrato, pues en algunos casos podrían generarse decisiones contradictorias cuando bajo las normas de la cláusula ésta sea considerada inválida, inexistente, nula o ineficaz pero a la luz de la ley sustancial del contrato, darse el caso contrario. De todas formas, la voluntad de las partes debe ser respetada así conlleve a la invalidez del pacto.

que la aceptación del contrato acarrea la aceptación de la cláusula, sin necesidad de alguna otra formalidad⁶.

Esta parece ser la posición asumida por la jurisprudencia inglesa, como lo podemos observar en el caso *Union of India vs McDonnell Douglas*. El tribunal determinó que *a falta de estipulación de las partes* con respecto a ley aplicable al pacto arbitral, era necesario concluir que su ley aplicable era la misma ley aplicable al contrato principal⁷.

De otro lado, la solución francesa plantea una solución opuesta. En la famosa sentencia del 20 de diciembre de 1993 referente al caso *Dalico*, la Corte de Casación francesa enfatizó que al ser el acuerdo arbitral totalmente independiente⁸, bien puede el acuerdo arbitral regirse por un derecho diferente al que rige el contrato principal. Adicionalmente, la Corte de Casación, introdujo un novedoso criterio para determinar la ley aplicable del acuerdo arbitral en materia internacional, este

es, que si las partes no especifican la ley aplicable al acuerdo arbitral, en ningún caso podrá sostenerse que aplica la de un derecho nacional⁹⁻¹⁰. Esto constituye de alguna forma un caso de *despesage*, pues al pactar como ley aplicable al contrato principal un derecho nacional, las partes estarían excluyendo de manera tácita a dicha ley, aplicable del contrato sea la normatividad que dicte la validez del pacto arbitral, a la luz de lo dicho por el alto tribunal francés. Aún así, resulta difícil afirmar lo anterior en contratos que contienen cláusulas que establecen que para *todos sus efectos* el contrato por una determinada ley, caso en el cual la postura a francesa parece forzada.

2.3. Ley del foro como ley aplicable a la cláusula arbitral

La ley del foro ha sido llamada la ley procedimental del arbitraje ya que las normas del lugar donde tiene lugar la controversia tiene una fuerte injerencia en la forma en la que se llevará a cabo el procedimiento¹¹. Así mismo, la ley del

⁶ REDFERN Alan y HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration, Student Edition*, 1999, p 158.

⁷ TALERO RUEDA, Santiago. *Op. cit.*; pp. 130-131.

⁸ "(...) La cláusula compromisoria constituye una convención de procedimiento autónoma y distinta de la convención principal que vincula a las partes sobre el fondo del litigio y debe poder ser puesta en obra independientemente de la existencia o validez del contrato principal conforme a la voluntad común de las partes". *Revue de la l'arbitrage*, 1999, p. 354. En CÁRDENAS MEJÍA, Juan Pablo. *El Contrato de arbitraje: El principio de la autonomía del contrato de arbitraje o pacto arbitral*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 105.

⁹ SILVA ROMERO, Eduardo. *Las Normas Jurídicas Aplicables en el Arbitraje Comercial Internacional: Una breve contribución al derecho internacional privado colombiano*, Revista de Derecho Privado No. 28. Bogotá: Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, 2002, p. 19.

¹⁰ La Corte de Casación francesa ha sostenido que el acuerdo de arbitraje debe regirse por la simple voluntad de las partes, siempre que esta voluntad no viole las normas de orden público internacional. *Ibidem*, p. 19.

¹¹ Algunas de las formas en las que influye el foro del Tribunal arbitral son las siguientes: (i) Arbitrabilidad objetiva: si la controversia puede ser sometida a arbitraje. (ii) Límites de tiempo

foro puede ser una solución para resolver una disputa referente a la ley aplicable al pacto arbitral en caso de silencio de las partes en este respecto.

La teoría establece que ya que el acuerdo arbitral es una cuestión de carácter procesal, éste debe ser sometido a la ley del lugar del arbitraje por ser éstas las normas procesales aplicables¹².

Considero que al final lo más importante de este mecanismo de resolución de controversias es poder ejecutar y hacer efectivo el laudo arbitral extranjero. Así, esta posición ofrece la gran ventaja de estar en completa consonancia con la Convención de Nueva York, en tanto ésta establece, de manera supletoria¹³, en su artículo (V) (1) (a) la posibilidad de denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera si el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley del país en el que fue dictado el laudo.

2.4. El caso colombiano

En primer lugar, el artículo 118° del Decreto 1818 de 1998, que compila las normas aplicables a arbitramento en

Colombia, contempla explícitamente la autonomía de la cláusula arbitral.

“(...) *Parágrafo*. La cláusula compromisoria es autónoma con respecto de la existencia y la validez del contrato del cual forma parte. En consecuencia, podrán someterse al procedimiento arbitral los procesos en los cuales se debatan la existencia y la validez del contrato y la decisión del tribunal será conducente aunque el contrato sea nulo o inexistente”.

De igual forma, la Ley 315 de 1996, que contiene las normas que regulan el arbitraje comercial internacional, en su artículo 2° otorga libertad para elegir la ley aplicable al arbitraje internacional:

“Artículo 2o. *Normatividad aplicable al arbitraje internacional*. (...) En todo caso, las partes son libres de determinar la norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. (...)”.

En mis comentarios precedentes he expresado que la cláusula arbitral opera como un acuerdo independiente y autónomo del contrato principal. Así, en el ámbito internacional donde ésta tesis es aceptada, la elección de ley sustancial arbitral es completamente procedente. En Colombia, aunque

por los cuales se regirá el procedimiento arbitral. (iii) Medidas cautelares y preventivas. (iv) normas concernientes a la forma en la que se allegarán las pruebas documentales y la práctica de testimonios. (v) Los poderes de los árbitros. (vi) *Validez y forma del acuerdo arbitral*. (vii) La posibilidad de solicitar la anulación del laudo. En REDFERN Alan y HUNTER, Martin. *Op. cit.*; p. 80. Adicionalmente: (i) dictará la forma en la que será constituido el tribunal arbitral. (ii) Cobra importancia en la medida en que las cortes del foro son competentes para conocer de recurso de anulación.

¹² TALERO RUEDA, Santiago. *Op. cit.*; p. 132.

¹³ Digo supletoria pues el artículo V (1) (a) de la convención de Nueva York establece que se podrá denegar el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral extranjera si el acuerdo arbitral no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o *si nada se hubiera indicado a este respecto*, en virtud de la ley del país en que se haya dictado sentencia.

he investigado este tema, no tengo conocimiento de pronunciamientos jurisprudenciales nacionales sobre el tema. Una interpretación extensiva y acorde con la práctica del arbitraje comercial internacional permitiría inferir que esta libertad es extendida para determinar la ley que regirá el pacto arbitral, en cuanto ésta esté constituida en un acuerdo y/o contrato independiente.

No obstante lo anterior, como ya lo he planteado anteriormente, el verdadero problema radica en el silencio de las partes al respecto. Como ya lo vimos anteriormente, existen una variedad de posibles soluciones aplicables que varían dependiendo del ordenamiento jurídico de cada Estado. Por esto es de gran importancia tener en cuenta el ordenamiento jurídico local para así determinar cuál sería la solución a un eventual conflicto sobre la ley aplicable al pacto arbitral cuando las partes no lo hayan pactado.

Colombia, como país signatario de la Convención de Nueva York, está sometida a su regulación para la ejecución y reconocimiento de laudos arbitrales proferidos en el exterior. De manera que aunque dicha convención hace referencia exclusivamente a las causales para denegar este reconocimiento, nos da una guía bastante clara de la óptica bajo la cual será examinada la cláusula arbitral para decidir acerca de su validez. Veamos:

Según el ya citado artículo V (1) (a) de la Convención de Nueva York, la cortes colombianas podrían denegar el reconocimiento y la ejecución del laudo

arbitral extranjero si la parte contraria prueba que el acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo hayan sometido. Así, entiendo que la posibilidad de elegir ley para el pacto arbitral es procedente y está en plena consonancia con el artículo 2º de la Ley 315 de 1996. Pareciera entonces que, a primera vista, Colombia adoptaría la primera posición en la que se respeta la elección que las partes hagan de la ley aplicable al pacto arbitral. Continúa el artículo V (1) (a) de la Convención de Nueva York estipulando que si las partes no acuerdan nada al respecto, es la ley del foro la aplicable al pacto arbitral. Recordemos que el reconocimiento y ejecución de un laudo podrá ser denegado si el acuerdo no es válido a la luz de la ley del país en que fue proferido el laudo. Así, la Convención de Nueva York da otro elemento a tener en cuenta para determinar la ley aplicable de la cláusula arbitral, es decir, complementa la posición anterior con la teoría de la aplicabilidad de la ley del foro a la cláusula arbitral, convirtiendo a Colombia en un estado partidario de un criterio mixto, pues respeta la libertad para pactar la ley aplicable al acuerdo arbitral y de manera supletoria indica que será la ley del foro la que regulará el pacto arbitral. Este es el complemento mutuo de dos criterios no excluyentes.

Debido a que la ley colombiana no es clara acerca de la norma aplicable al pacto arbitral en caso del silencio de las partes y que no conocemos pronunciamiento jurisprudencial en Colombia al respecto, considero, después de analizar el ordenamiento jurídico colombiano, que la Corte Suprema de

Justicia¹⁴ debería aplicar los anteriores criterios para verificar la validez del acuerdo arbitral.

3. LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL FRENTE AL CONTRATO INEXISTENTE

Aunque los principales centros arbitrales, la Ley modelo de CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional y diversas normas locales contemplan expresamente que la cláusula es independiente del contrato principal y que la validez de la misma no depende de la existencia, validez y eficacia del contrato, pareciera que en el caso del contrato que nunca surgió, la ficción jurídica¹⁵ de la autonomía de la cláusula arbitral crearía un imposible jurídico, en el cual, el contrato que suscitó la controversia no existió, pero su cláusula arbitral sí lo hizo. Dicho supuesto imposible jurídico podría ser más evidente cuando la causal de inexistencia del contrato fue la falta de consentimiento, pues en este caso no habría la expresión de la voluntad de las partes para pactar el contrato principal y podría pensarse –equivocadamente– que tampoco para que existiera y tuviera efectos vinculantes la cláusula arbitral. Como ya lo he mencionado, la piedra angular de la cláusula arbitral es la autonomía de la voluntad, y bajo esta

óptica, la falta de dicho elemento causaría que el pacto arbitral nunca surgiera la vida jurídica, por ende, careciera de efectos. Así, al establecer que el contrato es inexistente, los árbitros parecerían estar negando su propia competencia en cuanto que el pacto arbitral podría seguir la misma suerte que el contrato principal¹⁶. No obstante lo anterior, el hecho que la cláusula sea considerada como un contrato separado, permite que sean los árbitros quienes decidan ésta situación. De lo contrario, caeríamos en el absurdo jurídico de no poder someter a arbitraje controversias suscitadas por la inexistencia del contrato por la falta de consentimiento.

Como veremos en el presente capítulo, este supuesto imposible jurídico tiene una razón de ser que tiene efectos prácticos de vital importancia en el desenvolvimiento del procedimiento arbitral para garantizar a las partes la resolución de una controversia.

3.1. Falta de acuerdo de voluntades a la luz del caso colombiano

El legislador colombiano ha contemplado la figura de la inexistencia de los contratos. Cuando el artículo 1741° del Código Civil colombiano no contempló dentro de las causales de nulidad absoluta, la falta de consentimiento, tácitamente aceptó la figura de la inexistencia del

¹⁴ Cortes competentes para conocer del procedimiento de reconocimiento de laudos extranjeros en Colombia. Este procedimiento corresponde al trámite del exequátur. Este trámite está regulado por el artículo 695° del Código de Procedimiento Civil colombiano. La demanda sobre exequátur de una sentencia o laudo extranjero pretende que dicha sentencia o laudo produzca efectos en Colombia.

¹⁵ Llamada así por Santiago TALERO RUEDA en TALERO RUEDA, Santiago. *Op. cit.*; p. 138.

¹⁶ TALERO RUEDA, Santiago. *Op. cit.*; p. 143.

contrato. Pero para que no existan dudas, el artículo 898° del Código de Comercio de Colombia resolvió cualquier controversia al respecto:

“RATIFICACIÓN E INEXISTENCIA. ART. 898° (...) Será inexistente el contrato cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y *cuando falte alguno de sus elementos esenciales*”. (Cursiva agregada).

En razón de lo anterior, de acuerdo con la legislación colombiana un contrato es inexistente cuando alguna de las partes no ha manifestado su voluntad de obligarse en tanto que el consentimiento es elemento esencial de todo contrato. De esta forma, profundizaré más adelante en el tema de la autonomía de la cláusula arbitral frente al contrato inexistente por ausencia de consentimiento de las partes en el contrato principal¹⁷.

Sibien es cierto que equivocadamente podría pensarse que la falta de acuerdo de voluntades en el contrato principal acarrea la inexistencia de la cláusula arbitral contenida en él, la naturaleza de la cláusula arbitral conlleva a que ésta exista a pesar del contrato principal inexistente. La cláusula es independiente y es ésta la que otorga competencia a los árbitros para decidir acerca de la alegada inexistencia del contrato. En primer lugar, hay que

tener en cuenta que la inexistencia del contrato debe ser declarada por una autoridad judicial o arbitral, con respecto a esta última, cuando el alegado contrato inexistente contiene un pacto arbitral. Es decir, si la existencia o no de un contrato suscita una controversia, debe haber una autoridad que resuelva este asunto. Afirmo sin vacilación que si el alegado contrato inexistente contiene una cláusula arbitral, el juez del contrato debe ser el árbitro, motivo por el cual la jurisdicción ordinaria no podría conocer del asunto. Como prueba de la anterior afirmación –por lo menos bajo la legislación procesal colombiana– si el demandante pretende la declaratoria de inexistencia de un contrato que contiene una cláusula arbitral ante la jurisdicción ordinaria, la jurisdicción podría ser controvertida a través de una excepción previa de falta de jurisdicción o de compromiso y el juez no tendría otra opción que declarar probadas dichas excepciones. Así de sencillo. Por estas razones jurídicas, si los árbitros decidieran declararse incompetentes para decidir acerca de un alegado contrato inexistente, estarían denegando el acceso a la justicia de las partes, ya que la controversia caería en un limbo jurídico al no tener juez para resolver el asunto. Además, si la controversia versa sobre la existencia o no del contrato principal, declararse incompetentes sería prejuzgar, pues sería

¹⁷ Hago esta aclaración debido a que aunque las regulaciones arbitrales locales e internacionales contemplan la autonomía de la cláusula arbitral, algunas de ella distinguen entre la independencia frente a la nulidad del contrato principal y frente al contrato inexistente. Definiendo así, las dos interpretaciones de la autonomía de la cláusula arbitral, una restringida y otra extensiva, siendo la segunda la que afirma que la cláusula será independiente frente a contratos inexistentes. Entre estas encontramos la Ley Modelo CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, Reglas de Arbitraje CCI, Reglas de Arbitraje Internacional de la *American Arbitration Association* y Reglas de arbitraje LCIA.

asumir *a priori* que el argumento de la parte que alega la inexistencia es correcto, sin antes realizar el juicio correspondiente con base en la valoración de las pruebas y la aplicación del derecho a los hechos.

Esta línea de argumentación fue seguida por un Tribunal de Arbitramento en Colombia, donde para asumir competencia sobre la controversia, el Tribunal consideró:

“La situación que se estudia fue objeto de análisis por parte del tratadista Jorge Hernán Gil (Nuevo Régimen de Arbitramento) quien comenta: “Un tribunal de Arbitramento puede declarar la existencia, o la nulidad del contrato sin que dicha declaratoria, que se produce necesariamente en el laudo, implique que no tuvo competencia para ello. Lo que si no podría hacer el Tribunal es declarar la incompetencia, porque hacerlo equivaldría a prejuzgar y a resolver el asunto de fondo”¹⁸.

Pues bien, la anterior discusión llevó al apoderado de la parte convocante a demandar ante la Corte Constitucional la inexequibilidad de la norma que sustentaba el argumento anterior, ésta es, el ya citado artículo 116º de la Ley 446 de 1998¹⁹. Así, la Corte Constitucional de Colombia

declaró estarse a lo resuelto por esa misma corporación en la sentencia C-248 de 1999 en la que declaró el mencionado artículo exequible²⁰. En aquella oportunidad la Corte Constitucional estableció:

“La afirmación del actor acerca de que el parágrafo acusado contiene una norma que es irracional, y que ello lo hace devenir inconstitucional, deriva de su concepción acerca de que la cláusula compromisoria debe ser en todo caso accesoria al contrato. Pero, como se ha señalado, esta posición responde al entendimiento tradicional acerca del acuerdo compromisorio, entendimiento que ya no es aceptado de manera unánime en el derecho contemporáneo, en el cual se observa la aparición de nuevas posiciones al respecto, las cuales no pueden ser catalogadas como inconstitucionales por el hecho de ser distintas de las acostumbradas.

(...)

El legislador ha querido que el compromiso constituya una cláusula independiente en relación con el contrato al que se aplica. Si ello es así, la invalidez del contrato no genera necesariamente la nulidad de la cláusula compromisoria, aun cuando pueden darse casos en los que ello ocurra. Esto significa que la habilitación a los árbitros puede continuar en pie, aun

¹⁸ Laudo proferido el 19 de mayo de 2009 en el Tribunal de Arbitramento de *Fresenius Medical Care Colombia S.A* contra Hospital El Tunal E.S.E Empresa Social del Estado, Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación, p. 37. Árbitros: Doctores Melba Arias Londoño, David Luna Bisbal y Miguel Camacho Olarte.

¹⁹ El demandante argumentaba que el principio de la validez del acuerdo arbitral, cuando ha habido clara habilitación por las partes, es violado cuando la ley prevé que la autonomía de la cláusula compromisoria puede extenderse al punto que a través de una instancia arbitral se decida sobre la eventual inexistencia de un contrato, cuando lo que sucede es que una de las partes alega falta absoluta de consentimiento.

Dice el demandante que en este caso no puede entonces entenderse que la justicia arbitral ha sido habilitada por una expresa decisión de las partes, por lo que habría desplazamiento de la justicia ordinaria, sin el lleno de los requisitos que al respecto exige el artículo 116º constitucional.

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-931 de 2008, M.P. Nilson PINILLA PINILLA, Expediente D-7232.

en el caso en el que el contrato sobre el que deben fallar sea nulo. Así, pues, si se desea establecer la nulidad de la cláusula compromisoria habrá de atenderse a las condiciones mismas en que ella fue acordada”²¹.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional mantuvo la línea de argumentación sostenida por la doctrina internacional, defendiendo la tesis extensiva de la autonomía de la cláusula arbitral. Es decir, que ésta es completamente independiente de la validez, nulidad, eficacia o existencia del contrato principal.

Resultaría un absurdo jurídico y una clara denegación de justicia que los árbitros perdieran competencia —o no la asumieran— cuando la controversia versa sobre la inexistencia del contrato, pues bastaría con alegar que no hubo real acuerdo de voluntades o que la voluntad de una de las partes estaba viciada para impedir el procedimiento arbitral. Lo más grave del asunto es que podría inclusive denegarse justicia frente a la inexistencia de un contrato que en la práctica genera efectos jurídicos para una de las partes. De manera que los árbitros no sólo estarían prejuzgando y evitando la resolución del conflicto por parte de su juez natural, sino que además estarían permitiendo que un contrato supuestamente inexistente genere efectos a una de las partes sin que ésta tenga mecanismo alguno para resolver la controversia. Al contrario, tal actitud de denegación de justicia podría llegar a permitir que un contrato existente

no sea cumplido porque para la otra parte dicho contrato es inexistente. Son precisamente estos absurdos jurídicos los que son evitados precisamente por la autonomía de la cláusula arbitral.

Abundando en razones, el argumento más importante de la Corte Constitucional colombiana para declarar la constitucionalidad de la norma fue la intención del legislador. Para la Corte Constitucional colombiana el legislador fue claro en consagrar la autonomía de la cláusula arbitral buscando prevenir las situaciones descritas en este capítulo. Así lo expuso en la ya citada sentencia:

“El legislador ha querido que el compromiso constituya una cláusula independiente en relación con el contrato al que se aplica. Si ello es así, la invalidez del contrato no genera necesariamente la nulidad de la cláusula compromisoria, aun cuando pueden darse casos en los que ello ocurra. Esto significa que la habilitación a los árbitros puede continuar en pie, aun en el caso en el que el contrato sobre el que deben fallar sea nulo. Así, pues, si se desea establecer la nulidad de la cláusula compromisoria habrá de atenderse a las condiciones mismas en que ella fue acordada”²².

El tribunal acogió la tesis descrita en el presente capítulo, declarándose competente y habilitado para conocer sobre el fondo de la controversia, y así reconoció la existencia de la cláusula arbitral contenida en un contrato en que fue demostrada la falsificación de la firma del representante legal de la

²¹ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia C-243 de 1999, M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz, Expedientes acumulados D-2189, D-2190, D-2192, D-2193, D-2194 y D-2203.

²² *Ibidem*.

sociedad convocada. En el laudo arbitral²³ el contrato fue declarado inexistente por falta de consentimiento, como elemento esencial, pues como ya señalé, quedó probado que la firma del representante legal de la convocada fue falsificada. Así lo consideró el tribunal de arbitramento:

“No cabe duda que en el caso objeto de estudio, la falsificación de la firma de uno de los contratantes implica la ausencia total de su voluntad, por lo que, ante tal circunstancia, el contrato de cesión carece de este elemento esencial y como tal no está llamado a producir efectos”²⁴.

Así las cosas, considero que hizo bien el tribunal arbitral al reconocer el pacto arbitral como independiente del contrato principal, inexistente por ausencia de consentimiento como fue después declarado, desligando los efectos de dicho pacto arbitral y los del contrato principal.

4. EL PRINCIPIO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y EL PRINCIPIO DE KOMPETENZ-KOMPETENZ

Los principios de autonomía de la cláusula arbitral y el de *kompetenz-kompetenz*, operan conjuntamente para asegurar la efectividad del procedimiento arbitral, y aunque se sobreponen y

mantienen similitudes, es importante distinguirlos para establecer la importancia de cada uno.

La aplicación de ambos principios busca proteger la autonomía e independencia de la justicia arbitral con relación a la justicia estatal. De un lado, el principio de la autonomía de la cláusula arbitral busca garantizar que las controversias surgidas sobre la validez y existencia del contrato principal no conlleven a la parálisis del procedimiento arbitral²⁵. Por otro lado, el principio de *kompetenz-kompetenz* permite a los árbitros resolver cualquier controversia referente a la existencia, validez y existencia del pacto arbitral *a priori* de la justicia estatal.

Para los autores GAILLARD y SAVAGE, los dos principios funcionan en dos etapas en las cuales sutilmente se superponen y complementan mutuamente. Así, el principio de la autonomía de la cláusula arbitral es la primera etapa de la determinación de su competencia para conocer del asunto. Éste les permite a los árbitros examinar su propia competencia a la luz de la validez y existencia del contrato principal. En una segunda instancia, el principio de *kompetenz-kompetenz* va más allá, pues permite resolver su competencia a la luz de las controversias dirigidas directamente contra el pacto

²³ El anterior análisis jurídico es perfectamente válido aun cuando el Consejo de Estado, mediante decisión de fecha 18 de febrero de 2010, anuló el laudo arbitral bajo el argumento que los árbitros no eran competentes porque la acción contractual había caducado. Por supuesto, este asunto es lo suficientemente interesante como para entender que será objeto de otro análisis académico.

²⁴ Laudo Tribunal de arbitramento de *Fresenius Medical Care Colombia S.A* contra Hospital El Tunal E.S.E Empresa Social del Estado. *Op. cit.*; p. 91.

²⁵ SILVA ROMERO, Eduardo. *El Contrato de Arbitraje: Breves observaciones sobre el principio "kompetenz- kompetenz"*. Bogotá: Legis Editores, 2005, p. 579.

arbitral²⁶. La aplicación de este principio otorga la facultad a los árbitros de retener su competencia cuando la existencia y validez del pacto arbitral hayan sido controvertidas no simplemente con base en las alegaciones de existencia y validez del contrato principal, y así, el principio de la autonomía de la cláusula arbitral protege la cláusula frente a controversias relacionadas con la existencia y validez del contrato principal, pero no habilita a los árbitros para proceder con el arbitraje en el caso en que la supuesta invalidez afecte directamente el acuerdo arbitral. Esta es una consecuencia únicamente del principio *kompetenz-kompetenz*²⁷.

4.1. El principio de *kompetenz-kompetenz* en Colombia

El ordenamiento jurídico Colombiano ha adoptado el principio de *kompetenz-kompetenz* en la regulación arbitral y ha reiterado, a través de la jurisprudencia, la importancia del mismo.

El artículo 124° de la Ley 446 de 1998—reproducido por el artículo 147° del Decreto 1818 de 1998—establece que en la primera audiencia de trámite el tribunal resolverá sobre su propia competencia. Lo anterior fue sostenido, a su vez, por la sentencia SU-174 de 2007 en la que dijo:

“El principio kompetenz-kompetenz, según el cual los árbitros tienen

competencia para decidir sobre su propia competencia está expresamente plasmado en la legislación colombiana (artículo 147°, numeral 2 del Decreto 1818 de 1998) y goza de reconocimiento prácticamente uniforme a nivel del derecho comparado, las convenciones internacionales que regulan temas de arbitramento, las reglas de los principales centros de arbitraje internacional, las reglas uniformes establecidas en el ámbito internacional para el desarrollo de procesos arbitrales y la doctrina especializada en la materia, así como decisiones judiciales adoptadas por tribunales internacionales. En virtud de este principio, los árbitros tienen la potestad, legalmente conferida, de determinar si tiene competencia para conocer de una determinada pretensión relativa a una disputa entre las partes, en virtud del pacto arbitral que le ha dado fundamento.

Este principio cuenta con un claro reconocimiento en el ordenamiento jurídico colombiano. En efecto, el numeral 2° del artículo 147° del Decreto 1818 de 1998, que reprodujo el texto del artículo 124° de la Ley 446 de 1998, dispone que en la primera audiencia de trámite, ‘el Tribunal resolverá sobre su propia competencia mediante auto que sólo es susceptible de recurso de reposición’. Si los árbitros se declaran incompetentes, el efecto previsto en la ley es que “se extinguen definitivamente los efectos del pacto arbitral” (artículo 124° de la Ley 446 de 1998)”²⁸.

De igual forma, el principio ha sido también contemplado y reconocido

²⁶ GAILLARD, Emmanuel y SAVAGE, John. *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, p. 213.

²⁷ *Ibíd.*, p. 399.

²⁸ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, Sentencia SU-174 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda, Expediente T-980611.

indirectamente a través del artículo 146° del Decreto 1818 de 1998, pues plantea la prioridad en el tiempo a favor de los árbitros para que éstos sean los primeros en decidir toda controversia relativa a su propia competencia²⁹:

“Si del asunto objeto de arbitraje, estuviere conociendo la justicia ordinaria, el Tribunal solicitará al respectivo despacho judicial, copia del expediente.

Al aceptar su propia competencia, el Tribunal informará, enviando las copias correspondientes y, en cuanto lo exija el alcance del pacto arbitral de que se trate, el juez procederá a disponer la suspensión.

El proceso judicial se reanudará si la actuación de la justicia arbitral no concluye con laudo ejecutoriado. Para este efecto, el Presidente del Tribunal

comunicará al despacho respectivo el resultado de la actuación”. (Cursiva como énfasis)

5. COMENTARIO FINAL

Afortunadamente para el autor, son estos temas controversiales los que permiten la oportunidad de expresar las ideas aquí contenidas, las cuales pueden ser compartidas o no. Lo importante es que este oficio de abogado implica la obligación de estudiar y expresar la interpretación de la ley. Espero haber logrado con este artículo abrir un espacio de controversia en un tema que no terminaremos de discutir y haber dado claridad acerca de cómo considero que el ordenamiento jurídico colombiano lo ha tratado.

²⁹ SILVA ROMERO, Eduardo. *Op. cit.*; pp. 582-583.

EL ALCANCE DEL PACTO ARBITRAL EN COLOMBIA

DANIEL POSSE VELÁSQUEZ (*)

CAROLINA POSADA ISAACS (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La naturaleza del arbitraje en Colombia.* 3. *El pacto arbitral.* 3.1. *El principio de jurisdiccionalidad.* 3.2. *El principio de naturaleza procesal.* 3.3. *El principio de habilitación.* 3.4. *El principio de temporalidad.* 4. *El pacto arbitral frente a los procesos de ejecución.* 5. *Renuncia tácita del pacto arbitral. La excepción de cláusula compromisoria o compromiso.*

1. INTRODUCCIÓN

En países como Colombia, donde la congestión acumulada de los despachos judiciales se encuentra alrededor del 70% para los últimos años¹, el arbitraje se presenta como una alternativa efectiva para resolver controversias, no sólo entre particulares, sino entre éstos y el estado, más aún cuando se trata de litigios complejos y de grandes volúmenes probatorios.

Es tal vez por ello que en nuestro país, el arbitraje ha tenido un alto

crecimiento en las dos últimas décadas y se ha presentado como un mecanismo ágil, efectivo y seguro para poner fin a procesos que en la jurisdicción ordinaria podrían tomar entre tres y cinco años en decidirse de manera definitiva, o hasta siete a diez años si el litigio es complejo; o aún hasta doce a quince años si son litigios tonel Estado.

Sin embargo en Colombia el arbitraje presenta ciertas limitaciones, en especial en lo que toca con el arbitraje en materia estatal y en cuanto a los procesos de ejecución, siendo este último aspecto materia de este artículo.

(*) Socio de la firma Posse Herrera y Ruiz S.A., responsable del área de resolución de conflictos y litigios. Árbitro y amigable componedor del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

(**) Abogada del área de resolución de conflictos y litigios de la firma Posse Herrera y Ruiz S.A.

¹ Según cifras de la Corporación Excelencia en la Justicia.

2. LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE EN COLOMBIA

A diferencia de otras legislaciones, en las cuales el arbitraje tiene naturaleza estrictamente contractual, en Colombia el arbitraje como proceso goza de naturaleza jurisdiccional, sin que por ello se desconozca el principio de habilitación, este sí de naturaleza contractual.

En ese sentido, si bien el arbitraje encuentra su fundamento inmediato en la voluntad de quienes lo pactan, i.e. las partes entre las cuales surge la diferencia, su regulación como proceso tiene en Colombia rango constitucional y legal, pues es la misma Carta Política la que autoriza que las partes acudan a este mecanismo y ésta lo califica como jurisdiccional.

En esa medida, el arbitraje consiste en un verdadero proceso, como podría serlo cualquier otro declarativo, que en vez de adelantarse ante los jueces de la república es conocido por particulares investidos transitoriamente de la facultad de administrar justicia, al igual que los jueces.

Así, dispone el artículo 116 de la Constitución Política:

“La Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura, la Fiscalía General de la Nación, los Tribunales y los Jueces, administran justicia. También lo hace la justicia penal militar.

El Congreso ejercerá determinadas funciones judiciales.

Excepcionalmente la ley podrá atribuir función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Sin embargo no les será permitido adelantar la instrucción de sumarios ni juzgar delitos.

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

A su turno, el Decreto 1818 de 1998, mejor conocido como el Estatuto de los mecanismos alternos de solución de conflictos, dispone en su artículo 13:

“Del ejercicio de la función jurisdiccional por otras autoridades y por particulares. Ejercen función jurisdiccional de acuerdo con lo establecido en la Constitución Política:

3. Los particulares actuando como conciliadores o árbitros habilitados por las partes, en asuntos susceptibles de transacción, de conformidad con los procedimientos señalados en la ley.

Tratándose de arbitraje, las leyes especiales de cada materia establecerán las reglas del proceso, sin perjuicio de que los particulares puedan acordarlas. Los árbitros, según lo determine la ley, podrán proferir sus fallos en derecho o en equidad”.

Por ello, en Colombia “el arbitramento es un *negocio jurídico* en el que las partes acuerdan someter sus controversias actuales o futuras al conocimiento y decisión de árbitros, es decir, de *particulares que administran justicia*. Con base en el arbitramento, ya sea que se acuerde en cláusula

compromisoria o en compromiso, *se genera un proceso declarativo* en el que hay lugar a conformación del contradictorio, a una etapa probatoria, a una etapa de alegación y, finalmente, a la emisión del laudo arbitral”².

Así las cosas, “la voluntad autónoma de las partes en conflicto es el pilar central sobre el que se estructura el sistema de arbitramento en nuestro ordenamiento jurídico” de forma tal que “el artículo 116 de la Constitución Política define el arbitramento con base en el acuerdo de las partes, que proporciona su punto de partida y la habilitación para que los árbitros puedan impartir justicia en relación con un conflicto concreto. En tal medida, la autoridad de los árbitros se funda en la existencia de un acuerdo de voluntades previo y libre entre las partes enfrentadas”³.

Y ese acuerdo previo al que la jurisprudencia hace referencia, no es otro que el pacto arbitral.

3. EL PACTO ARBITRAL

En los términos del referido Decreto 1818, “Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de

un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”⁴.

A su turno, la jurisprudencia nacional ha reiterado que el pacto arbitral es una institución jurídica compuesta por la cláusula compromisoria y el compromiso, siendo la primera el “pacto contenido en un contrato o en un documento anexo a él, en virtud del cual los contratantes acuerdan someter las eventuales diferencias que puedan surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un Tribunal Arbitral”, al tiempo que el segundo consiste en “un negocio jurídico por medio del cual las partes involucradas en un conflicto presente y determinado, convienen resolverlo a través de un Tribunal Arbitral”⁵.

El pacto arbitral entonces, como negocio jurídico que es, deberá estar sometido para su validez, a los requisitos propios de cualquier negocio de esa clase, que para el caso colombiano consisten en (i) la capacidad de las partes que lo celebran, (ii) la manifestación del consentimiento libre de vicios, (iii) la existencia de una causa lícita, (iv) la existencia de un objeto lícito, que para el caso del arbitramento consiste en que la materia sea arbitrable, lo cual, a grandes rasgos está dado por el hecho de que las partes puedan libremente disponer del derecho en disputa⁶ y (v)

² Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-136 de 2003.

³ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de Unificación SU-174 de 2007.

⁴ Estatuto de los mecanismos alternos de solución de conflictos, artículo 117.

⁵ Corte Constitucional Colombiana. Sentencia de Tutela T-136 de 2003.

⁶ En cuanto a este asunto, también conocido como arbitrabilidad objetiva existe en el ámbito doctrinal y jurisprudencial una discusión sobre las materias que resultan arbitrables, lo cual bien podría ser materia de un artículo separado.

la formalidad propia del pacto, que en nuestra legislación debe necesariamente constar por escrito.

Teniendo en cuenta que mucho es lo que sobre esta materia se ha escrito, no nos detendremos en cada uno de los requisitos anteriores, considerando ser suficiente su enunciación.

Ahora bien, el pacto arbitral, regido por principios universalmente reconocidos como el de la autonomía y el de *compétence-compétence* encuentra en Colombia otros principios derivados de la regulación constitucional dada a esta institución, que de cierta manera restringen sus efectos.

Así, se ha considerado que dada la naturaleza jurisdiccional del arbitramento, el pacto arbitral está regido, además de los ya citados, por los principios de jurisdiccionalidad, de naturaleza procesal, de habilitación y de temporalidad, siendo este último el que cobra mayor relevancia en lo que a procesos ejecutivos se refiere, como se verá en el numeral 4 siguiente.

3.1. El principio de jurisdiccionalidad

Consiste en que el arbitraje es un trámite en el cual los árbitros administran justicia, de manera transitoria, excepcional o especial; sin embargo se ha considerado que el arbitramento no constituye una jurisdicción propia, sino que hace parte bien de la ordinaria, bien de la contencioso administrativa.

Por ende, los árbitros son verdaderos jueces, sometidos a los mismos deberes, y con los mismos poderes jurisdiccionales, los cuales, sin embargo, se ha considerado no devienen de la voluntad de las partes y por ende no proceden del pacto arbitral, sino de la autoridad que para tal efecto les ha conferido la ley.

3.2. Principio de naturaleza procesal

Corolario del principio de jurisdiccionalidad es que el arbitraje es un verdadero proceso judicial, con unas formas propias establecidas por la ley, o por las partes, con ciertas limitaciones, cuando se trata de un arbitramento independiente.

“El arbitramento es un verdadero procedimiento judicial –en sentido material– y, como tal, está sometido en todas sus etapas a la estricta aplicación de las normas que regulan este tipo de actuaciones tanto desde el punto de vista formal como material. Se trata de un mecanismo en el que han de aplicarse con rigor las garantías del debido proceso aplicables a toda actuación judicial, pues de nada sirve la inclusión de mecanismos de solución de litigios, adicionales y alternativos al sistema ordinario contemplado en la legislación, si su aplicación se traduce en el desconocimiento de derechos constitucionales fundamentales”⁷ (cursivas añadidas).

El arbitramento, tal como ha sido concebido en nuestro ordenamiento jurídico, *es una figura procesal*. Cuando la Constitución defiere a los particulares la función de administrar justicia en

⁷ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-330 de 2000.

calidad de árbitros, les confía, como a todos los demás jueces, la solución de contenciones jurídicas entre las partes en concordancia con la Constitución y las leyes. *De ahí que la institución arbitral en nuestro ordenamiento tenga el carácter de un proceso*, que garantiza los derechos de las partes enfrentadas disponiendo de una serie de etapas y oportunidades para la discusión de los argumentos, la valoración de las pruebas aportadas y, aun, la propia revisión de los pronunciamientos hechos por los árbitros”⁸. (Cursivas añadidas).

3.3. El principio de habilitación

De conformidad con este principio, la habilitación de los árbitros para cada caso concreto debe ser expresa de forma tal que no puede entenderse implícita ni deducirse de las actuaciones de las partes.

Por esta razón, en Colombia, el pacto arbitral debe constar por escrito, en el contrato del cual hace parte o en documento anexo a él, y debe determinar las controversias respecto de las cuales las partes han desplazado la jurisdicción ordinaria, de forma tal que no exista duda en relación con las materias que podrán ser conocidas por los árbitros.

En este sentido, a diferencia de legislaciones como la peruana, en Colombia no es posible presumir la existencia del pacto arbitral cuando “el acuerdo de arbitraje o contrato se haya

concertado mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio”⁹; tampoco cuando una parte formula su demanda arbitral, afirmando la existencia del pacto arbitral y la otra parte no alega su inexistencia, tal como lo permite la nueva ley de arbitraje española¹⁰. Menos aún pensar, de conformidad con la legislación actual, en la extensión del pacto arbitral a partes no signatarias del mismo; ni siquiera en los casos de litisconsortes necesarios, en relación con lo los cuales el Estatuto de los mecanismos alternos de solución de conflictos expresamente dispone que aquellos deberán *adherir* al pacto, so pena de extinguirse los efectos del pacto arbitral respecto de todas las partes:

“Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada *para quienes no estipularon el pacto arbitral*, el tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que *adhieran al arbitramento* (...).

Los citados deberán *manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral* dentro de los diez (10) días siguientes. *En caso contrario se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria* (...)” (cursivas añadidas).

En ese sentido, la Corte Constitucional Colombiana expresamente manifestó

“Esa disposición prevé que en caso de que el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el

⁸ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-060 de 2001.

⁹ Decreto Legislativo No. 1071 de 27 de junio de 2008, publicado en el diario oficial el 28 de junio de 2008, artículo 13.

¹⁰ Ley 60 de 2003, artículo 9º numeral 5º.

pacto arbitral y ellos no manifestaran expresamente su adhesión al pacto, entonces “se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria” Nótese pues que esa norma precisa que si el litisconsorte necesario no participa en el proceso arbitral, entonces éste no continúa, precisamente por cuanto la ley no pretende extender los efectos de un laudo a quien no lo habilitó voluntariamente. Por ende, si es claro que la ley no obliga al litisconsorte necesario a concurrir en el proceso arbitral, ni le extiende los efectos del laudo en caso de que no participe, con menor razón puede interpretarse la norma acusada en el sentido de que obliga a un simple tercero a asistir obligatoriamente a la justicia arbitral, bajo la amenaza de que si no lo hace, los efectos de la decisión llegarían a afectarlo”¹¹.

3.4. El principio de temporalidad

Finalmente, de conformidad con el artículo 116 de la Carta Política citado, la habilitación de los árbitros derivada del pacto arbitral tiene carácter *temporal*.

Recuérdese como de conformidad con esa norma, los particulares pueden ser investidos *transitoriamente* de la función de administrar justicia, de forma tal que por mandato constitucional, las atribuciones judiciales que se les otorgan no pueden ser ejercidas indefinidamente.

En esos términos, por virtud del pacto arbitral, los árbitros quedan investidos de la facultad de administrar

justicia desde el momento en que son designados como tal y hasta el momento en que su habilitación termina por cualquiera de las razones contempladas en la ley para ello, a saber, (i) cuando no se haga oportunamente la consignación de gastos y honorarios prevista por en el Decreto 1818 de 1998, (ii) por voluntad de las partes, (iii) por la ejecutoria del laudo, o de la providencia que lo adicione, corrija o complemente, (iv) por la interposición del recurso de anulación, y (v) por la expiración del término fijado para el proceso o el de su prórroga¹².

“[L]os particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, *transitoriamente*. Esta transitoriedad es evidente, no sólo por el texto mismo de la norma, sino porque al ser las partes en conflicto potencial o actual las que habilitan a los árbitros, al resolverse el conflicto desaparece la razón de ser de la función arbitral”¹³.

“El arbitramento es de carácter temporal. No es posible pensar que las atribuciones judiciales que se confieren a particulares en calidad de árbitros, puedan ejercerse de manera indefinida, pues de la naturaleza del arbitramento se deriva la existencia de una jurisdicción meramente transitoria, limitada en el tiempo, a la resolución del conflicto específico que las partes deciden llevar ante el tribunal. De no ser así, se crearía una jurisdicción paralela a la ordinaria que, con grave perjuicio del orden público, debilitaría la estructura estatal y menoscabaría la función pública de administrar justicia. En palabras de la Corte: ‘no es concebible que el ejercicio de la jurisdicción, como función estatal,

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-163 de 1999.

¹² Estatuto de los mecanismos alternos de solución de conflictos, artículo 167.

¹³ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-294 de 1995.

se desplace de manera permanente y general a los árbitros y conciliadores (C.P. art 113)”¹⁴.

En relación con el vencimiento del término del tribunal, debe tenerse en cuenta que de conformidad con el 103 de la ley 23 de 1991, si en el pacto arbitral no se señala el término para la duración del proceso, ésta será de seis meses contados desde la fecha de la primera audiencia de trámite, término que podrá prorrogarse por solicitud de las partes, hasta por seis meses más.

A su turno, el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 (Estatuto General de Contratación de la Administración Pública) establece que los árbitros podrán ampliar el término de duración del Tribunal por la mitad del inicialmente acordado o legalmente establecido, si ello fuere necesario para proferir el laudo.

Pues bien, tal como se manifestó anteriormente, constituye el principio de temporalidad el principal obstáculo que tiene el pacto arbitral en cuanto a asuntos que prestan mérito ejecutivo se refiere.

4. EL PACTO ARBITRAL FRENTE A LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN

Tal como se ha estudiado hasta este punto, el pacto arbitral es el contrato por el cual las partes de un conflicto se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un tribunal arbitral.

Y no existe en la definición legal del pacto arbitral, ni tampoco en la del arbitraje propiamente dicha, prohibición alguna para ventilar a través del proceso arbitral las diferencias que darían derecho a una de las partes a cobrar, por la vía ejecutiva, una obligación.

Por esa razón, se consideró en alguna época que en Colombia era viable acordar un pacto arbitral para resolver diferencias propias no de un proceso declarativo, sino de uno de ejecución. Si bien hoy el panorama ha cambiado, aún no existe uniformidad al respecto.

Algunos doctrinantes y la propia la Corte Constitucional en varias de sus providencias han opinado que sí es posible.

En efecto, el tratadista JORGE HERNÁN GIL manifiesta en su obra sobre arbitraje que “Desde ahora debe quedar claro que no existe norma alguna que prohíba pactar cláusula compromisoria en contratos que presten mérito ejecutivo, puesto que las diferencias, que normalmente se ventilarían por medio de un proceso ejecutivo, resultantes de obligaciones de dar, hacer o no hacer, o de pagar una suma líquida de dinero, *también son competencia de un tribunal de arbitramento*, pues al tenor de la ley, la jurisdicción arbitral se extiende a todas las diferencias”¹⁵ (cursiva añadida).

Y la Corte Constitucional, ha indicado también que es posible someter a

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencia de Tutela T-057 de 1995.

¹⁵ GIL ECHEVERRI, Jorge Hernán. *Nuevo Régimen de Arbitramento. Manual Práctico*. 3ª edición. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 2004, p. 111.

un tribunal de arbitramento, controversias propias de un proceso ejecutivo:

“Si se analiza el inciso cuarto del artículo 116, se llega a la conclusión de que la administración de justicia por los árbitros, sólo tiene estas limitaciones:

La primera, que los particulares solamente pueden ser investidos de la función de administrar justicia, en calidad de conciliadores o en la de árbitros, transitoriamente. (...)

La segunda, ya insinuada, que son las partes quienes habilitan a los árbitros para fallar, en derecho o en conciencia.

Una última, que los árbitros administran justicia “en los términos que determine la ley”. Esto permite al legislador, por ejemplo, establecer las reglas a las cuales debe someterse el proceso arbitral.

Pero, no existen otras limitaciones. Por ello, no es admisible sostener que los asuntos que se ventilan, o podrían ventilarse, en el proceso de ejecución, están excluidos del proceso arbitral. ¿De dónde surgiría esta supuesta exclusión? ¿Cómo afirmar que las obligaciones cuyo cumplimiento puede exigirse en el proceso de ejecución, constituyen una excepción a lo establecido por el inciso cuarto del artículo 116 de la Constitución, cuando tal excepción no aparece en esta norma, ni en ninguna otra?

De otra parte, es claro que todas las obligaciones civiles, en general, dan derecho a exigir su cumplimiento. Precisamente ésta es su definición legal, pues, según el artículo 1527 del Código Civil, las obligaciones son civiles o meramente naturales. Civiles son aquellas que dan derecho para

exigir su cumplimiento. Naturales las que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas autorizan para retener lo que se ha dado o pagado, en razón de ellas.

Y el juicio ejecutivo es, precisamente, el medio para conseguir el cumplimiento de las obligaciones civiles, cuando se reúnen los requisitos establecidos por la ley procesal. Obligaciones exigibles en el proceso ejecutivo, que no han sido excluidas del proceso arbitral ni del mecanismo de la conciliación, por el artículo 116 de la Constitución, ni por ningún otro”¹⁶.

Esa sentencia que data de 1995, sin embargo, debe destacarse, corresponde al estudio de la constitucionalidad de un artículo del Decreto 2651 de 1991, que en materia de procesos ejecutivos permitía expresamente que si se habían formulado excepciones de mérito, las partes acudieran al arbitraje para resolverlas.

Dicha norma que tenía una vigencia restringida en el tiempo (hasta el 10 de julio de 1998), no fue recogida como legislación permanente por el Estatuto de los mecanismos alternos de solución de conflictos de 1998, y por ende no debe tenerse como un precedente vigente.

Por el contrario, consideramos que de conformidad con el artículo 116 de la Constitución Política y el principio de temporalidad allí establecido, no es posible en Colombia someter a la decisión de los árbitros, asuntos que por su naturaleza correspondan a procesos de ejecución.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia de Constitucionalidad C-294 de 1995.

Veamos:

El proceso ejecutivo es aquel por virtud del cual “se procura el cumplimiento forzado de la obligación plenamente reconocida o establecida y no atendida en su debida oportunidad por el deudor”¹⁷.

No se trata pues de ventilar a través de él una controversia existente entre las partes, sino de exigir el cumplimiento forzado de una obligación ya determinada, existente y reconocida por el deudor, respecto de la cual no hay diferencia; simplemente impago.

Pero adicionalmente, dado el carácter transitorio de la jurisdicción arbitral, resulta imposible que los árbitros adelanten un proceso ejecutivo, que empieza con la demanda, pero a diferencia de los procesos declarativos, no termina con la sentencia, o laudo en este caso, sino con el pago total de la obligación. Pago éste que se desconoce cuándo habrá de ocurrir.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que de conformidad con la legislación nacional, los árbitros en Colombia no pueden decretar medidas cautelares distintas de la inscripción de la demanda, de suerte que no podrían, en un proceso arbitral *ejecutivo* ordenar el embargo y secuestro de bienes para garantizar el pago de la obligación insoluta.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 167 del Estatuto de los mecanismos alternos de solución de conflictos antes citado, el tribunal tendría que cesar en sus funciones al

proferir el laudo arbitral, o su providencia complementaria, o al vencer el término establecido para su duración, aún cuando el proceso no haya concluido por no existir aún pago de la obligación y sin haber podido cautelar bien alguno, por no tener facultad para ello.

Eso resultaría tan absurdo, que ya de tiempo atrás árbitros y jueces vienen rechazando la formulación de pretensiones de carácter ejecutivo en trámites arbitrales.

Así por ejemplo, dentro del tribunal de arbitramento de Alstom Brasil Ltda. Sucursal Colombia contra la Compañía Suramericana de Seguros S.A., los árbitros inadmitieron la demanda presentada por la convocante, en los siguientes términos:

“Examinado el escrito de demanda que a la presente actuación le dio comienzo, y por cuanto de su texto se desprende que es voluntad clara e inequívoca de la entidad demandante hacer valer una acción ejecutiva por la vía procesal del arbitraje, son conducentes sobre este particular las siguientes consideraciones:

(...)

Ante esta realidad ineluctable, no queda alternativa distinta a concluir que la actividad jurisdiccional compulsoria en que se traduce el contenido de la acción ejecutiva, encaminada desde su inicio a hacer efectivos derechos que constan en títulos fehacientes e indubitados, no es posible llevarla a cabo por procedimientos que racionalmente, dada su estructura normativa, ninguna correspondencia guardan con esa

¹⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Procedimiento Civil Parte Especial*. Tomo II. Octava Edición. Bogotá: Dupré Editores: 2004, p. 37

finalidad, ejemplo de los cuales lo es de toda evidencia el instituido para el arbitraje en la Parte Segunda, Título II, del Dcr. 1818 de 1998 (c.fr, textos de los Arts. 31 y 32 del Dcr. 2279 de 1989 con las reformas introducidas por la L. 446 de 1998), disposiciones éstas de las que sin remedio habría que hacer abstracción para sostener que, en el ordenamiento jurídico vigente en el país, los árbitros pueden adelantar procesos ejecutivos, habida cuenta que de otro modo, resulta en verdad incomprensible que una ejecución procesal en regla, con todo lo que ella entraña, pueda realizarse en la serie consecutiva de audiencias que fueren necesarias, únicamente, para efectuar la instrucción probatoria de la causa en función del laudo que habrá de pronunciarse acerca de las cuestiones litigiosas que ante los árbitros ventilan los compromitentes, dificultad que se hace todavía más protuberante si se advierte que, por determinación legal expresa, la duración del arbitraje está limitada en el tiempo y, además, las providencias cautelares que les es permitido a los árbitros adoptar, lejos de podérselas equiparar a las auténticas medidas ejecutivas que contempla de manera general el Capítulo III del Título XXVII del c de P.C, son recaudos precautelativos de conservación, más que todo ordenadas a asegurar la futura ejecución de la decisión arbitral de condena que al proceso le ponga fin, y cuya semejanza con las previstas específicamente en el Art. 690 ib. para los procesos ordinarios, es apreciable.

4. Puestas en este punto las cosas, partiendo de la base de que, como lo ha señalado sin la precisión conceptual deseable la jurisprudencia constitucional (c.fr, Corte Constitucional. Fallos C.294 de 1995 y

T.299 de 1996, entre otros), no media obstáculo jurídico insuperable ninguno para que pretensiones ejecutables, no obstante tener esta condición, sean sometidas al conocimiento de árbitros y de contera, sustituido voluntariamente el privilegio de ejecución inmediata por el arbitraje, lo cierto es que por fuerza de las razones expuestas a espacio en las consideraciones que anteceden, del ejercicio de la acción ejecutiva no puede predicarse lo mismo.

En consecuencia y por cuanto del texto del escrito de demanda que a la presente actuación le dio origen, queda fuera de toda duda que es la intención de la compañía convocante formular pretensiones ejecutables haciendo uso de la acción ejecutiva en un proceso arbitral, obteniendo un mandamiento de pago en contra de la aseguradora demandada, es del caso suspender la decisión acerca de la admisibilidad a trámite del escrito en mención para que sea subsanado el defecto advertido, adecuando las pretensiones formuladas, a la naturaleza declarativa propia del dicho proceso arbitral”¹⁸ (énfasis añadido).

Esta postura, que ha sido consistente en la práctica arbitral, más por las restricciones temporales propias del arbitraje que por prohibiciones de orden legal, fue ratificada por el Tribunal Superior de Bogotá en reciente pronunciamiento, en el cual manifestó:

“1. Para revocar el auto apelado, basta señalar que los árbitros, en ningún caso, pueden conocer de procesos de ejecución, por las siguientes razones:

a. En primer lugar, en virtud del principio de transitoriedad que informa la actividad jurisdiccional desplegada por los árbitros, al que se refiere

¹⁸ Tribunal de arbitramento de Alstom Brasil Ltda. Sucursal Colombia contra Compañía Suramericana de Seguros S.A. Auto No. 1. Septiembre 2 de 2005.

el artículo 116 de la Constitución Política.

En este sentido, memorase que a diferencia de los procesos de conocimiento que normalmente terminan con sentencia, los de ejecución sólo culminan con el pago, de suerte que mientras este no se verifique, en forma total e integral (C.C. arts. 1626 y 1649, inc. 2º; C.P.C. art. 537), el proceso ejecutivo permanecerá vigente. Expresado en otras palabras, de los ejecutivos se sabe cuando comienzan, pero no cuando terminan, habida cuenta que la sentencia, de ser favorable al ejecutante, no les pone fin sin que le abre paso a la cobranza forzada. Su duración es, pues, incierta.

Por el contrario, el proceso arbitral es *por esencia temporal*, dado que, se reitera, la jurisdicción que se les otorga a los árbitros es transitoria. Por eso el legislador, en el artículo 103 de la Ley 23 de 1991 [artículo 126 Estatuto de los mecanismos alternativos de solución de conflictos] precisó que tales juicios durarían 6 meses, prorrogables por un término igual, lo que choca abiertamente con la intemporalidad de las ejecuciones”¹⁹.

5. RENUNCIA TÁCITA DEL PACTO ARBITRAL. LA EXCEPCIÓN DE CLÁUSULA COMPROMISORIA O COMPROMISO

Finalmente, es importante tener en cuenta que si bien en Colombia el pacto

arbitral no se presume, tal como se expuso al estudiar el principio de habilitación, su renuncia sí puede darse de manera tácita. Por esa razón, se ha sostenido, no puede el juez rechazar una demanda so pretexto de existir pacto arbitral, si no es el demandado quien a través de un recurso de reposición o de una excepción previa, así lo solicita.

De esa forma, presentada una demanda ante la jurisdicción ordinaria para resolver una controversia respecto de la cual existe el pacto arbitral, frente a la cual demandado ha guardado silencio al momento de contestar la demanda, debe entenderse que las partes han renunciado a la *jurisdicción arbitral*.

En ese sentido, no puede predicarse la falta de jurisdicción de un juez ordinario por la simple existencia de pacto arbitral, no en un proceso declarativo, menos aún en uno ejecutivo, sin que la parte demandada expresamente lo alegue así:

“De allí que si un asunto que en principio debe ser sometido al conocimiento de los árbitros, llega a la mesa de los jueces del Estado, no pueden estos rehusar su conocimiento, sino que deben esperar a que la parte demandada invoque la excepción previa de compromiso o cláusula compromisoria (C.P.C., art. 97, num. 3º), dado que si no lo hace, su conducta y la del demandante traducirán una renuncia tácita del pacto arbitral”²⁰.

¹⁹ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Auto de 17 de febrero de 2010, proferido dentro del proceso ejecutivo de R.C.N. Televisión S.A. contra Paraíso Pictures Ltda.

²⁰ Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil. Auto de 17 de febrero de 2010 citado.

ALGUNAS REFLEXIONES PRÁCTICAS PARA ACUDIR A LA JUSTICIA ARBITRAL

IRMA ISABEL RIVERA RAMÍREZ (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Algunos aspectos para tener en cuenta al momento de negociar una cláusula compromisoria.* 2.1. *¿Qué quiere el cliente?* 2.2.1. *¿Es el arbitraje la mejor opción respecto de un contrato en particular?* 2.2.2. *Obligaciones dinerarias.* 2.2.3. *Ejecución forzada del laudo arbitral.* 2.2.4. *Naturaleza jurídica de quienes pactan arbitraje.* 2.2.5. *Importancia de la vinculación de terceros.* 3. *Recomendaciones adicionales.* 3.1. *Consulta interna con abogados litigantes.* 3.2. *La cláusula compromisoria debe ser general con excepciones puntuales.* 3.3. *Acumulación de mecanismos alternativos de solución de conflictos.* 4. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se comparan la jurisdicción estatal y el arbitraje, resulta innegable que este último tiene importantes ventajas frente a la jurisdicción estatal, como son la celeridad del trámite, la especialidad e independencia de los árbitros, entre otras, las cuales resultan ser un atractivo para un sinnúmero de áreas de negocios.

En la práctica, es común que se dé por descontado que el arbitraje resulta la mejor opción para la solución de futuros conflictos

entre las partes de un negocio jurídico y, en esa medida, la cláusula compromisoria cuando es negociada muy cerca del cierre de la operación, puede ser incluida en el contrato sin una adecuada ponderación de las ventajas y desventajas que representa el arbitraje para el caso específico.

No obstante, antes de pensar en derogar la jurisdicción estatal, existen diversas circunstancias que deben ser evaluadas en conjunto con el cliente interesado en pactar una cláusula compromisoria y que deben ser negociadas oportunamente con la contraparte.

(*) Asociada de Brigard & Urrutia, Bogotá, Colombia.

La autora expresa su especial agradecimiento a los doctores LAURA BERNAL y JORGE IVÁN VALENCIA, por su amable colaboración en la redacción del presente artículo.

El presente artículo tiene como objetivo presentar, a partir de la experiencia, ciertos aspectos que ameritan un análisis detenido antes de pactar una cláusula compromisoria, a manera de consejos prácticos para tener en cuenta durante la negociación del pacto arbitral.

2. ALGUNOS ASPECTOS PARA TENER EN CUENTA AL MOMENTO DE NEGOCIAR UNA CLÁUSULA COMPROMISORIA

2.1. ¿Qué quiere el cliente?

En ocasiones, al negociar una cláusula compromisoria, la conveniencia o inconveniencia de pactarla se determina desde un punto de vista netamente jurídico, dejando en un segundo plano las consideraciones puntuales respecto de la naturaleza del negocio.

Teniendo en cuenta lo anterior, todo abogado que se encuentre asesorando a un cliente dentro de una negociación en donde se va a incluir un pacto arbitral debe tener claridad sobre los intereses de su cliente, sus prioridades y los riesgos que está o no preparado a afrontar.

Por ejemplo, dependiendo del negocio, el riesgo primordial puede ser de crédito, es decir, demora en el pago de una suma de dinero y un riesgo secundario puede ser la validez del contrato o la ley aplicable. Frente a lo anterior, debe tenerse en cuenta qué riesgo es soportable y cuál no, puesto que el primero seguramente puede ser cubierto de manera más eficiente sin pactar arbitraje, mientras

el segundo podría ameritar incluir una cláusula compromisoria.

2.2.1. ¿Es el arbitraje la mejor opción respecto de un contrato en particular?

En general, partimos de la base de que el arbitraje es la mejor opción, por lo cual deben encontrarse razones de peso para concluir lo contrario y abstenerse de pactar una cláusula compromisoria. Por lo tanto, a continuación se describen situaciones particulares que, al analizarse, podrían llevar a concluir que la mejor opción es apartarse del arbitraje.

2.2.2. Obligaciones dinerarias

Cuando el mayor riesgo al que está expuesta una parte de una relación negocial es el incumplimiento en el pago de una suma de dinero, debe tenerse en cuenta la ubicación de los bienes del deudor y su solvencia antes de pactar arbitraje.

En efecto, si las partes se encuentran domiciliadas en Estados diferentes, lo recomendable para el acreedor podría ser el someterse a la jurisdicción del lugar del domicilio del deudor, constituir garantías y un documento que le permita iniciar un proceso ejecutivo para el cobro de las sumas adeudadas dentro del cual puedan decretarse rápida y eficazmente medidas cautelares sobre los bienes del obligado y así proteger y garantizar el pago de la deuda.

Por otra parte, siendo este el caso, el pactar arbitraje puede retrasar en el tiempo

la oportunidad de decretar y practicar medidas cautelares, incrementando el riesgo de insolvencia del deudor y dejando desprotegido al acreedor, pues puede existir un trámite pre-arbitral que deba agotarse antes de que los árbitros se pronuncien sobre la admisión de la demanda y, eventualmente, sobre las medidas cautelares que estén autorizados para decretar.

Más aún, la práctica de medidas cautelares puede estar proscrita para los árbitros por la legislación de un país determinado, razón de más para sopesar las ventajas del arbitraje con los riesgos que conlleva frente al cobro de sumas de dinero.

Teniendo en cuenta que en materia de cobros de sumas de dinero lo primordial es la velocidad con la cual puedan ser adoptadas medidas cautelares que permitan garantizar el pago de la deuda y evitar que el deudor se insolvente, la jurisdicción estatal del domicilio del deudor (o donde se encuentren sus bienes) puede ser la mejor opción.

2.2.3. Ejecución forzada del laudo arbitral

Una vez proferido el laudo arbitral, si éste no es acatado voluntariamente por la parte vencida, resulta necesario iniciar un trámite de ejecución forzada del mismo, el cual, en Colombia por ejemplo, se realiza a través de un proceso ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria.

Ahora bien, si el laudo fue proferido por un tribunal de arbitraje internacional con sede diferente al país en donde

se pretenda la ejecución forzada, es posible que dicho laudo requiera de un trámite para que sea reconocido en dicha jurisdicción.

Así las cosas, en Colombia por ejemplo, un laudo proferido por un tribunal de arbitraje internacional con sede diferente a Colombia, tiene obligatoriamente que surtir el trámite de *exequátur* ante la Corte Suprema de Justicia, antes de poder ser ejecutado forzosamente.

El trámite de *exequátur*, de ser necesario, puede suponer una espera adicional incluso de años antes de que pueda ser ejecutado forzosamente, situación que crea una evidente desventaja para la parte vencedora, puesto que incrementa el riesgo de insolvencia del deudor frente al cual resulta imposible practicar medidas cautelares con fundamento en un laudo que no ha sido reconocido en esa jurisdicción.

Por lo anterior, resulta de vital importancia establecer dónde se ubican los bienes del deudor para determinar la jurisdicción que sería competente para ejecutar un eventual laudo y, así, comprobar si en dicha jurisdicción es necesario surtir el trámite de *exequátur* o uno análogo que tenga como fin reconocer los efectos del laudo proferido. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta de qué convenciones o tratados internacionales es parte el Estado en donde se hará efectivo el laudo, cuando nos encontremos frente a un laudo internacional y la forma en que estas convenciones han sido incorporadas en la legislación interna.

Se concluye entonces que en el caso de que resulte necesario un trámite como el *exequátur* para hacer efectivo un laudo internacional, debe contemplarse la posibilidad de pactar arbitraje nacional para evitar verse obligado a adelantar dicho trámite y así proteger al cliente frente al riesgo que representa el tener que esperar incluso años para hacer efectiva la decisión.

2.2.4. Naturaleza jurídica de quienes pactan arbitraje

Al momento de pactar arbitraje y decidir si es nacional o internacional, es de suma importancia tener en cuenta la naturaleza jurídica de las partes contratantes. Lo anterior, por cuanto en ocasiones existen normas jurídicas que limitan la posibilidad para que entidades estatales o con participación de capital público acuerden someter diferencias al arbitraje internacional.

A manera de ejemplo, en Colombia, las entidades estatales y las sociedades y nacionales colombianos no pueden pactar libremente arbitraje internacional, salvo que se cumplan unos requisitos específicos¹. Así mismo, las entidades estatales no son libres para pactar reglas de procedimiento para el trámite arbitral, ni para someterse al reglamento particular de algún centro de arbitraje cuando pactan arbitraje nacional³.

2.2.5. Importancia de la vinculación de terceros

Dependiendo de las particularidades del negocio, puede preverse que resultará importante vincular a un eventual proceso (judicial o arbitral) a quienes son terceros respecto del contrato.

Uno de estos casos de frecuente ocurrencia es la vinculación de la compañía aseguradora para que responda por el incumplimiento de alguno de los contratantes. En este caso, si la vinculación de una aseguradora resulta importante para garantizar el pago de los eventuales perjuicios, deben tomarse medidas al momento de pactar arbitraje para evitar que en el futuro resulte imposible la vinculación de esos terceros.

Debido a que el arbitraje es esencialmente voluntario, en el sentido de que nadie está obligado a pactarlo, la vinculación de terceros ajenos a la cláusula arbitral a un procedimiento arbitral puede resultar imposible.

Por lo anterior, debe anticiparse esta circunstancia o bien promoviendo que los terceros, por ejemplo la aseguradora, se adhieran a la cláusula compromisoria, o bien determinar si la vinculación de terceros resulta de tal importancia que es mejor renunciar al arbitraje si no es posible su adherencia a la cláusula compromisoria.

¹ Respecto de la posibilidad de que entidades estatales pacten arbitraje internacional en contratos estatales puede revisarse el artículo 70° de la Ley 80 de 1993.

Respecto de la posibilidad para particulares y sociedades colombianas de pactar arbitraje internacional puede revisarse la Ley 315 de 1996.

² Ver Ley 1285 de 2009.

3. RECOMENDACIONES ADICIONALES

3.1. Consulta interna con abogados similares

La cláusula compromisoria adquiere su mayor relevancia al momento de surgir un problema entre las partes que no puede ser resuelto amigablemente, es decir, al nacer un conflicto que requiere un tercero para dirimirlo.

En este punto, son los abogados especialistas en litigios y arbitramento quienes deberán presentar una demanda y determinar si los conflictos están o no cubiertos por la cláusula compromisoria.

Es común que el abogado que asiste a un cliente en la negociación de un contrato sea especializado en el área particular de negocios del contrato, es decir, transporte, finanzas, bienes raíces, fusiones y adquisiciones y otros, pero no sea el encargado de atender al cliente cuando el conflicto se presente y se haga necesario hacer efectivo los derechos a través de un proceso arbitral. El trabajo coordinado entre el área corporativa y la de litigios permite darle al cliente una atención integral que asegure un mejor resultado en caso de conflicto.

Así las cosas, es recomendable consultar, durante la etapa de negociación del contrato, a los abogados especializados en estos temas, puesto que uno de los mayores problemas que pueden presentarse durante un trámite arbitral es que algunas de las pretensiones del cliente estén cobijadas por la cláusula compromisoria y otras no, implicando

lo anterior que la acción tendría que dividirse entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral.

Lo anterior supone un incremento significativo de gastos al tener que adelantar dos procedimientos diferentes, que implican la práctica de pruebas en cada uno de ellos y el riesgo de decisiones contradictorias.

Adicionalmente, las imprecisiones o falencias al momento de la redacción de la cláusula compromisoria pueden impedir que el mecanismo de resolución de conflictos funcione adecuadamente y permitir que se abra la posibilidad de interpretaciones frente a su alcance y contenido.

3.2. La cláusula compromisoria debe ser general con excepciones puntuales

Como se dijo anteriormente, el verse obligado a dividir las acciones debido a una cláusula compromisoria insuficiente, es uno de los mayores riesgos de pactar una cláusula compromisoria.

Una recomendación sencilla para evitar que esto suceda es redactar la cláusula compromisoria de manera general y lo más amplia posible, cubriendo controversias relacionadas con la etapa de negociación, de ejecución y terminación, así como sobre la existencia, la validez y la eficacia del contrato, entre otros, y posteriormente establecer las excepciones puntuales a la cláusula compromisoria.

De esta manera, si se desea acogerse al arbitraje, resulta menos probable

que asuntos que se quisiera quedasen sometidos a arbitraje no lo sean, puesto que la “regla general” será el arbitraje y las excepciones taxativas serán puntuales de manera que puedan ser conscientemente analizadas y acordadas por las partes.

3.3. Acumulación de mecanismos alternativos de solución de conflictos

En ocasiones resulta usual que dentro de un mismo contrato se acumulen diferentes métodos alternativos de solución de conflictos como por ejemplo la conciliación, mediación y el arbitraje.

Al momento de incluir estos mecanismos adicionales, debe tenerse en cuenta el riesgo que representa el tener que agotar un trámite previo antes de presentar una demanda arbitral, lo cual supone un tiempo adicional que puede ser perjudicial para la parte que se representa.

Adicionalmente, puede ocurrir que el mecanismo alternativo no suspenda la prescripción o haga inoperante la caducidad, con lo cual es posible que la acción prescriba o caduque mientras se adelanta el otro mecanismo.

Por otra parte, existen mecanismos alternativos de resolución de conflictos que son incompatibles entre sí, como por ejemplo la amigable composición y el arbitraje.

En efecto, la amigable composición faculta al componedor para decidir de manera vinculante aquellas controversias no transigidas por las partes, por lo cual no podría pactarse sucesivamente

amigable composición y arbitraje, pues ambas implican la posibilidad para un tercero de decidir de manera vinculante la controversia de acuerdo con la ley colombiana.

Finalmente, en Colombia, sobre la acumulación de mecanismos alternativos de resolución de conflictos se ha generado un desarrollo jurisprudencial importante en los últimos años.

En un primer momento se sostuvo que, pactar otros mecanismos de solución directa de los conflictos no implicaba que éstos se convirtieran en requisitos indispensables para presentar la demanda arbitral; es decir, si por ejemplo se pactaba que antes de convocar al Tribunal se debía surtir un trámite de conciliación, no era obligatorio agotar ese mecanismo previo antes de acudir al arbitraje.

Lo anterior en la medida en que (i) el artículo 35° de la Ley 640 de 2009, la cual consagra la conciliación obligatoria como requisito de procedibilidad, no se refirió expresamente al proceso arbitral y (ii) la Corte Constitucional en ninguna sentencia extendió dicho requisito al arbitramento.

En esta medida, el hecho de que no hubiera un pronunciamiento expreso al respecto por parte de la Corte Constitucional, hizo que los tribunales de arbitramento sostuvieran posiciones diferentes. Así, unos requerían que se acreditara el agotamiento de la etapa de la conciliación para admitir la demanda arbitral, y otros se declaraban competentes a pesar de que no se acreditara la conciliación previa, ya que consideraban que (i) la ley no había

impuesto la conciliación como requisito de admisibilidad para el arbitraje e (ii) incluso si las partes pactaran una cláusula de solución de conflictos que incluyera la conciliación y el arbitraje, el convocar directamente el tribunal implicaría tan sólo un incumplimiento contractual, más no una violación a normas imperativas en materia procedimental.

Sin embargo, a partir de la sentencia T-058 de 2009, la interpretación del asunto sufrió algunas variaciones, ya que en dicha sentencia la Corte Constitucional se pronunció expresamente sobre el asunto, estableciendo que si las partes pactan formas de arreglo directo adicionales al arbitramento, entonces resulta imperativo agotarlos antes de presentar la demanda arbitral.

Dicho pronunciamiento de la Corte implicaría que, si el Tribunal Arbitral asume competencia sin que se hayan agotado previamente las formas de arreglo directo pactadas por las partes, ello constituiría una violación al debido proceso y una vía de hecho por defecto orgánico.

En consecuencia, se encuentra que en Colombia todavía está desarrollándose la jurisprudencia frente a la acumulación de mecanismos alternativos de solución de conflictos, por lo cual, hay incertidumbre sobre las consecuencias prácticas del pronunciamiento de la Corte, toda vez que la tesis sostenida por ella se incorporó en *el obiter dictum* de la sentencia—que no es vinculante— y no en *la ratio decidendi*.

Así que, para determinar el impacto de la decisión de la Corte en el arbitraje colombiano, debe esperarse la forma

cómo la misma será adoptada por los tribunales de arbitramento, y si en efecto exigirán o no la conciliación como requisito de procedibilidad en el proceso arbitral.

4. CONCLUSIONES

El relegar la cláusula compromisoria y sus condiciones para el final de la negociación de un contrato, tiende a inhibir un análisis detenido que mitigará los riesgos en caso de conflicto.

Como consecuencia de una cláusula compromisoria inadecuada, puede a futuro, acarrear diversos problemas para el contratante que se ha visto inmerso en disputas con su contraparte que no puede resolver amigablemente.

Adicionalmente, el no negociar en tiempo y con el detenimiento adecuado la cláusula compromisoria puede también conllevar problemas de cobertura de la cláusula que, al momento de presentar una demanda, puede implicar la necesidad de dividir la acción entre la jurisdicción ordinaria y la arbitral.

Dichos problemas pueden ser evitados en gran medida a través de la evaluación seria y directa de los riesgos que comporta cada negocio específico, con el fin de determinar qué es lo más recomendable para el cliente.

Estas anotaciones prácticas han sido de utilidad en la generalidad de las negociaciones de cláusulas compromisorias que son cada vez más comunes dadas sus innegables ventajas, pero que deben ser evaluadas con detenimiento para anticipar problemas al momento de ponerlas en práctica.

DEBATES EN TORNO AL CONSENTIMIENTO AL ACUERDO ARBITRAL POR EL ESTADO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

LORENZO VILLEGAS CARRASQUILLA (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El requisito del consentimiento por escrito. 2.1. Requisito de consentimiento por escrito en convenciones internacionales y derecho internacional. 2.2. Alcance del requisito del consentimiento por escrito en el arbitraje internacional comercial. 3. La manifestación del consentimiento del Estado al acuerdo arbitral en arbitraje de inversiones. 3.1. Consentimiento basado en una cláusula contenida en un contrato, acompañada de otros acuerdos. Caso *SOABY c. Senegal*. 3.2. El consentimiento del Estado basado en un tratado bilateral de inversiones. Caso *AMT c. Zaire*. 3.3. El consentimiento del Estado basado en la legislación nacional de inversiones. Caso *SPP c. Egipto*. 4. Interpretación de la manifestación del consentimiento en la práctica de los tribunales arbitrales CIADI. 5. La imposibilidad de la revocación unilateral del consentimiento al arbitraje CIADI.

1. INTRODUCCIÓN

El acuerdo arbitral es el pilar fundamental del arbitraje internacional. En él se encuentra manifestado el consentimiento de las partes para acudir al arbitraje como mecanismo alternativo para resolver las disputas. El consentimiento

es el elemento esencial que permite a las partes retirar de la jurisdicción nacional un conflicto para poderlo someter a un tribunal arbitral¹. “El consentimiento en el contrato arbitral reside en la voluntad común de las partes de someter la resolución de un conflicto actual o futuro a uno o más jueces privados”².

(*) Abogado y politólogo de la Universidad de los Andes. Profesor de Arbitraje Internacional en la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Javeriana. Todas las opiniones son exclusivas del autor y no comprometen a la Comisión de Regulación de Comunicaciones. Todas las traducciones son realizadas libremente por el autor.

¹ FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. *Traité de l'arbitrage commercial international*. París: Editions Litec, 1996, p. 274.

² *Ibidem*, p. 274.

Siendo el consentimiento un elemento esencial del acuerdo arbitral, identificar y apreciar su existencia y validez es fundamental para los tribunales arbitrales y, por lo tanto, la prueba del consentimiento juega un papel relevante dentro de los debates jurídicos que se presentan dentro de los procesos arbitrales.

Cuando el acuerdo arbitral ha sido concluido por una parte estatal (Estado, empresa estatal, división administrativa, etc.), la identificación del consentimiento por parte del Estado genera diversas cuestiones espinosas³.

En el presente texto procederemos a analizar algunos de los debates más relevantes en torno a la manifestación del consentimiento de las partes estatales para arbitrar disputas, particularmente en lo referente a los arbitrajes de inversiones ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, CIADI). Para tal efecto, procederemos a analizar, en primer lugar, los requisitos que el derecho internacional del arbitraje ha establecido como forma de manifestación del consentimiento de las partes en la cláusula arbitral (2), para luego analizar la manera como algunos tribunales internacionales han determinado la existencia y validez del consentimiento de una parte estatal en un arbitraje internacional (3), luego la

manera como dichos tribunales han interpretado el alcance del consentimiento del Estado en diferentes instrumentos (4), para terminar con el debate en torno a la revocabilidad del consentimiento al arbitraje CIADI (5).

2. EL REQUISITO DEL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO

2.1. Requisito de consentimiento por escrito en Convenciones Internacionales y Derecho Internacional

En general, todas las convenciones internacionales sobre arbitraje, incluyendo la Ley Modelo de la CNUDMI⁴ (en adelante, Ley Modelo), exigen que el acuerdo arbitral conste por escrito. La razón de este requisito es autoevidente: Los efectos del acuerdo arbitral son tan trascendentales en las relaciones de los particulares con las jurisdicciones estatales que la garantía de la existencia de dicho acuerdo debe ser claramente establecida⁵. Así, la Convención de Nueva York de 1958, sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, establece en el artículo II, parágrafo 1:

“1. Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por

³ SCHREUER, Christophe. “The Interpretation of ICSID Arbitration Agreements”. En: *International Law: Theory and Practice, Essays in Honour of Eric Suy*. Wellens, K. ed. 1998

⁴ Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional, mejor conocida como UNCITRAL por sus siglas en inglés.

⁵ REDFERN, Alan, HUNTER, Martin con BLACKABY, Nigel y PARTASIDES, Constatine. *Law and practice of international commercial arbitration*. Cuarta edición. Londres: Thomson, Sweet and Maxwell, 2004, p.134.

escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

En sentido similar, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 disponía en el artículo 7 (2) que “el acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito”.

La Convención de Panamá de 1975 o Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, en el artículo 1, dispone que “es válido el acuerdo de las partes en virtud del cual se obligan a someter a decisión arbitral las diferencias que pudiesen surgir o que hayan surgido entre ellas con relación a un negocio de carácter mercantil. El acuerdo respectivo constará en el escrito firmado por las partes o en el canje de cartas, telegramas o comunicaciones por telex”.

Por su parte, la Convención de Washington de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, establece en el artículo 25 (1) que:

“la jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes

hayan consentido por escrito en someter al Centro”.

Si bien es clara la lógica detrás de este requisito de validez del consentimiento y la necesidad de que el consentimiento quede claramente expreso, en la medida en que las partes se están sustrayendo de las jurisdicciones nacionales, el alcance del requisito “por escrito” parece moverse hacia una interpretación más flexible⁶.

2.2. Alcance del requisito del consentimiento por escrito en el Arbitraje Internacional Comercial

En la Convención de Nueva York de 1958 “la expresión “acuerdo por escrito” denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”.

Para la Ley Modelo de 1985 se entenderá que un acuerdo consta por escrito cuando:

“esté consignado en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, télex, telegramas u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo, o en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra. La referencia hecha en un contrato a un documento que contiene una cláusula compromisoria constituye acuerdo de arbitraje siempre que el contrato conste por escrito y la referencia

⁶ Ibídem, p.134.

implique que esa cláusula forma parte del contrato”⁷.

Así, para la Ley Modelo de 1985, el requisito del “acuerdo por escrito” se encontraría satisfecho mediante la utilización de cualquier medio de comunicación que permita garantizar una “constancia del acuerdo”. Incluso, si una de las partes interviene en el arbitraje sin negar la existencia del acuerdo o del consentimiento, el acuerdo se entenderá por escrito. Esta última hipótesis es conocida como “consentimiento implícito”.

La actual revisión de la Ley Modelo plantea dos opciones de redacción del artículo 7⁸. La CNUDMI ha buscado revisar este requisito con el fin de que se adapte a la dinámica y realidad de las relaciones comerciales internacionales⁹. Como analizaba KAPLAN, “si una cláusula arbitral está contenida en un contrato que es obligatorio, ¿por qué es necesario demostrar el registro de la firma o que está por escrito? Contratos que involucran millones de dólares son creados de esta forma y es permisible preguntarse qué hay de especial con la cláusula arbitral que requiera sujetarse al artículo 7 (2) [de la Ley Modelo]”¹⁰.

Las dos opciones propuestas, que muestran incluso lo distante que son las posiciones respecto a la manera de como

debe manifestarse el consentimiento y la forma del acuerdo arbitral, son las siguientes:

Opción I: “Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje:

- 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.
- 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.
- 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.
- 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información

⁷ Artículo 7 de la Ley Modelo CNUDMI de 1985.

⁸ Aprobadas en la CNUDMI en su 39° periodo de sesiones, celebrado en 2006.

⁹ UZELAC, Alan. “Griten form of the arbitration agreement: Towards a revision of the UNCITRAL Model Law”. En : Croatia Arbitration Yearbook. 2005, p. 113.

¹⁰ KAPLAN, Neil. “The Model Law in Hong Kong”. En: *CIETAC/I.C.C.A. Papers on International Commercial Arbitration*. China: Arbitration Research Institute China Chamber of International Commerce, 1997, p. 510.

en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

- 5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.
- 6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”.

Opción II: “Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje:

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto

de una determinada relación jurídica, contractual o no”.

Este debate sobre el requisito de forma del consentimiento del acuerdo arbitral ha traído consecuencias importantes en las diferentes jurisdicciones a la hora de analizarse el reconocimiento y ejecución de los laudos internacionales por parte de las cortes nacionales¹¹. Además, este debate también ha cobijado la manifestación del consentimiento al acuerdo arbitral cuando una de las partes es el Estado.

3. LA MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO AL ACUERDO ARBITRAL EN ARBITRAJE DE INVERSIONES

Como se ha mencionado anteriormente, la Convención de Washington establece en su artículo 25(1) que el arbitraje podrá someterse al CIADI cuando “las partes hayan consentido por escrito” someter su disputa al centro.

En el informe de los directores acerca de la Convención de Washington se reitera que el consentimiento de las partes es la piedra angular en que descansa la jurisdicción del Centro. El consentimiento a la jurisdicción debe darse por escrito y una vez dado no puede ser revocado unilateralmente tal como lo dispone el Convenio en el artículo 25(1).

Además en dicho informe se analiza y se da alcance doctrinal a la manera

¹¹ Para profundizar sobre este debate ver: REDFERN y HUNTER. *Op. cit.*; pp. 135-137.

como puede manifestarse el requisito del consentimiento por escrito mencionado anteriormente. Dice el informe que, si bien el convenio no especifica en forma alguna el momento en que debe darse el consentimiento de las partes, éste debe existir en el momento en que se presenta la solicitud al Centro de conformidad con los artículos 28(3) y 36(3) de la Convención de Washington. En ese sentido, el informe presenta ejemplos de la manera como puede darse el consentimiento de las partes al arbitraje de inversiones sometido al CIADI.

“El consentimiento puede darse, por ejemplo, en las cláusulas de un contrato de inversión, que disponga la sumisión al Centro de las diferencias futuras que puedan surgir de ese contrato, o en compromiso entre las partes respecto a una diferencia que haya surgido. El convenio tampoco exige que el consentimiento de ambas partes se haga constar en un mismo instrumento. Así, un Estado receptor pudiera ofrecer en su legislación sobre promoción de inversiones, que se someterán a la jurisdicción del centro las diferencias producidas con motivo de ciertas clases de inversiones, y el inversionista puede prestar su consentimiento mediante aceptación por escrito de la oferta”¹².

Así, en primer lugar, el consentimiento puede estar contenido en un contrato, como una cláusula compromisoria, o en un compromiso posterior. Además, la manifestación del consentimiento de las partes puede establecerse en instrumentos distintos: El Estado puede manifestar su

consentimiento a través de la oferta en su legislación interna de someter cierto tipo de disputas al arbitraje internacional del CIADI y el inversionista puede manifestar su consentimiento al aceptar por escrito esta oferta de arbitraje.

A continuación analizaremos como ha sido interpretado el artículo 25 (1) de la Convención de Washington por los tribunales internacionales en tres casos hitos en arbitraje internacional de inversiones.

3.1. Consentimiento basado en una cláusula contenida en un contrato, acompañada de otros acuerdos. Caso SOABY c. Senegal

En el caso SOABY c. Senegal¹³, tres contratos estaban relacionados con la cuestión del consentimiento al arbitraje CIADI, pero uno solo de ellos contenía una cláusula arbitral CIADI. En julio de 1975, Senegal y Naikida celebraron un acuerdo para la construcción de 15000 viviendas de bajos recursos incluyendo la construcción de una planta de prefabricación de elementos de concreto reforzado que iban a ser utilizados en la construcción. En septiembre de 1975, el gobierno y c, una empresa local pero controlada por inversionistas extranjeros, celebraron un contrato que definía mayores condiciones al contrato de construcción de las 15000 viviendas. En noviembre de 1975, Senegal y SOABY

¹² BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO. *Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados*. Washington: 18 de marzo de 1965. para. 24. <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/partB.htm>.

¹³ *Société Ouest Africaine de Bétons Industriels [SOABY c. Senegal. Caso CIADI N° ARB82/1, decisión sobre jurisdicción, 1 de agosto de 1984.*

concluyeron un contrato (*Convention d'établissement*) para la construcción de la planta de prefabricación de elementos de concreto reforzado, el cual incluyó un acuerdo arbitral CIADI.

En noviembre de 1982, S.a.i. presentó una solicitud de arbitraje ante CIADI alegando el supuesto incumplimiento por parte de Senegal del contrato de construcción, fundando su demanda en la existencia de la cláusula arbitral contenida en la *Convention d'établissement*. Senegal, por su parte, refutó la jurisdicción de CIADI en la medida que la cláusula arbitral estaba contenida en el contrato que se refería a la construcción de la planta industrial y no al contrato de construcción de las viviendas, que era sobre el que recaía el reclamo. S.a.i. alegaba que se refería a un solo proyecto que cobijaba la *Convention d'établissement* y la cláusula arbitral.

En el caso en cuestión, el tribunal concluyó que los acuerdos previos relativos a la construcción de la planta y de las 15000 viviendas se encontraban implícitamente incorporados en la *Convention d'établissement* y, por lo tanto, la cláusula arbitral los cobijaba¹⁴. El punto central de análisis del tribunal se basó en que era imposible separar en dos partes el proyecto: la construcción de la planta era una condición *sine qua non*

para la construcción de las viviendas y, del mismo modo, la construcción de las viviendas era una condición necesaria previa para la construcción de la planta¹⁵. Por su parte, la opinión disidente sostuvo que no había acuerdo arbitral que cobijara la disputa en cuestión.

Este caso muestra como los tribunales internacionales CIADI han tendido a darle un alcance amplio al contenido de la manifestación del consentimiento que se encuentra en cláusulas en diferentes contratos o acuerdos. Las manifestaciones del consentimiento no son vistas exclusivamente a la luz del instrumento en el que se encuentran consignadas sino son analizadas en el contexto de la totalidad de la relación jurídica que existe entre las partes. Como explica el profesor SCHREUER, “una serie de contratos interrelacionados deben ser vistos, en términos funcionales, como representando el marco legal para una sola operación de inversión”¹⁶.

3.2. El consentimiento del Estado basado en un Tratado Bilateral de Inversiones. Caso AMT c. Zaire

El caso *AMT c. Zaire*¹⁷ es un buen ejemplo del análisis de tribunales internacionales para encontrar el consentimiento del Estado para el arbitraje en un tratado bilateral de inversiones. En

¹⁴ *Société Ouest Africaine de Bétons Industriels SOABY c. Senegal*. Caso CIADI N° ARB82/1, laudo, 25 de febrero de 1988.

¹⁵ SCHREUER, Christoph. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 244.

¹⁶ *Ibidem*, p. 245.

¹⁷ *American Mfg. & Trading [AMT] c. Zaire*. Caso CIADI N° ARB/93/1, laudo, 21 de febrero de 1997.

este caso la compañía americana era el accionista mayoritario de la compañía de Zaire SINZA, cuyo objeto era la producción y venta de batería de automóviles y la importación de bienes de consumo y alimentos. En 1991, soldados de las fuerzas armadas de Zaire destruyeron la propiedad de SINZA a la vez que se llevaron bienes y otros objetos de valor pertenecientes a la compañía. Fundamentándose en el tratado bilateral de inversiones entre EEUU y Zaire, en 1993 AMT reclamó ante CIADI la violación de las obligaciones de dicho tratado y la compensación debida por los perjuicios.

En el curso del proceso, se presentó la cuestión de si se había dado consentimiento para el arbitraje. El primer punto en el análisis del tribunal recayó sobre si era suficiente la existencia del tratado bilateral de inversiones para demostrar la manifestación del consentimiento al arbitraje CIADI. El tribunal concluyó que:

“El requisito del consentimiento no desaparece con la existencia del Tratado. La Convención [de Washington] plantea un intercambio de consentimientos entre las partes. (...) Es claro que si Zaire y los Estados Unidos acordaron que las disputas del tipo que fueron sometidas al Tribunal pueden ser llevadas ante CIADI, ellos han así aceptado la competencia de CIADI para ser eventualmente demandados por un nacional del otro Estado contratante (...). Luego de leer la provisión del Tratado, no puede concluirse que el consentimiento de las partes para ir ante CIADI resulta simplemente

de un acuerdo preexistente entre Estados Unidos y Zaire. Es por lo tanto necesario mostrar que ha habido un acuerdo entre las partes, o en ausencia de este acuerdo, sería necesario aplicar el Artículo VII, parágrafo 4 [del Tratado], que confiere al nacional del otro Estado el poder de llevar a la parte estatal de la disputa a presentarse ante el Centro”¹⁸.

3.3. El Consentimiento del Estado basado en la Legislación Nacional de Inversiones. Caso SPP c. Egipto

El caso *SPP c. Egipto*¹⁹, es tal vez el caso más ilustrativo concerniente al consentimiento del Estado al arbitraje internacional manifestado en la legislación nacional. Por lo tanto, analizar este caso es sumamente útil para mostrar como una provisión de consentimiento en una ley nacional de inversiones puede ser usada para determinar la jurisdicción de CIADI.

En este caso, el inversionista extranjero se basó en la Ley N° 43 de 1974 (ley de promoción de inversiones de Egipto) para invocar la jurisdicción del tribunal CIADI en un caso contra el Estado egipcio, por el incumplimiento de un acuerdo realizado entre SPP y una entidad estatal encargada de realizar proyectos hoteleros y de turismo.

Durante los procedimientos, una cantidad de cuestiones surgieron respecto de la interpretación de la ley nacional de inversiones. Egipto alegó que el texto de

¹⁸ Ibídem, para 5.17-5.23.

¹⁹ *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited [SPP] c. República Árabe de Egipto*. Caso CIADI N° ARB/84/3, decisión sobre jurisdicción, 14 de abril de 1988.

la ley no era suficiente para demostrar la manifestación del consentimiento del Estado al arbitraje CIADI. El gobierno alegó que bajo la interpretación literal de la ley, un acuerdo separado debía ser concluido entre el inversionista y el Estado con el fin de someter las disputas a arbitraje.

No obstante, el tribunal dijo que “Egipto no repudió la Ley N° 43 antes de que los demandantes invocaran formalmente la jurisdicción de CIADI, y todavía no la ha repudiado. Si la Ley N° 43 contiene una oferta de Egipto de aceptar la jurisdicción de CIADI previamente a la cancelación del proyecto *Pyramids Oasis*, dicha oferta no termina como resultado de retirarle la aprobación al proyecto”²⁰. Así, el tribunal encontró que no había nada en la ley que exigiera documentación adicional o cualquier forma adicional de declaratoria del consentimiento por parte del Estado. Concluyó el tribunal que la ley “establece una secuencia mandataria y jerárquica de procedimientos de solución de disputas, y constituye un consentimiento expreso por escrito a la jurisdicción del Centro dentro del significado del Artículo 25(1)”²¹.

Bajo el análisis del tribunal, los demandantes al remitir una comunicación al Ministerio de Turismo egipcio, aceptaron la oferta de arbitraje consagrada en la ley. Para el tribunal, bajo este escenario, el demandante podía recurrir

a la resolución de la disputa mediante los mecanismos CIADI, aun en ausencia de una cláusula arbitral para dicho efecto o un tratado bilateral de inversiones.

Este punto controversial ha sido objeto de debate doctrinal. SORNARAJAH ha sostenido que el inversionista tiene derecho a acudir al arbitraje de inversiones, en el caso de que exista una legislación nacional que ofrezca someter cierto tipo de litigios a la jurisdicción del centro, sólo si existe un acuerdo arbitral en el contrato concluido entre un Estado y el inversionista extranjero²². En cambio para PAULSSON, el planteamiento anterior no tiene sustento en ninguna autoridad ni en la jurisprudencia de los tribunales internacionales. Para este autor, el arbitraje de inversiones no requiere la existencia de un contrato cuando, por ejemplo, tiene como fundamento un tratado bilateral de inversiones o una legislación nacional que contenga una oferta de arbitraje²³.

4. INTERPRETACIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES CIADI

Como se ha visto anteriormente, un tema recurrente ante los tribunales CIADI es cómo debe interpretarse la

²⁰ Ibídem, para 17.

²¹ Ibídem, para 161.

²² SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Primera Edición. Cambridge: Cambridge University Press, 1994, p. 267.

²³ PAULSSON, Jan. “Arbitration without Privity”. En: *ICSID Review – Foreign Investment Law Journal*. Vol. 10 N° 2, Fall 1995, p. 240.

manifestación del consentimiento del Estado al arbitraje. El debate ha estado centrado en si esta interpretación debe ser restrictiva o, en cambio, extensiva, dependiendo si el argumento lo presenta el inversionista o el Estado. Sin embargo, como veremos, los tribunales CIADI no han adoptado ninguna de estas dos posiciones.

Desde el primer caso CIADI se ha presentado el debate sobre cómo debe interpretarse el consentimiento de las partes al arbitraje. En el caso *Holiday Inns c. Marruecos*²⁴, el Estado demandado insistió en la interpretación restrictiva del consentimiento bajo el fundamento de que es una excepción a la soberanía del Estado. En cambio, el demandante solicitó que la interpretación fuera amplia. No obstante, el tribunal no se pronunció sobre ninguna de estas interpretaciones, en la medida en que las partes llegaron a un acuerdo y se desistió del procedimiento arbitral.

Posteriormente, en el caso *AMCO c. Indonesia*²⁵, el tribunal se enfrentó a la cuestión de si el consentimiento del Estado receptor de la inversión debía ser interpretado de manera restrictiva en la medida que es una limitación a la soberanía del Estado. En esa ocasión, el tribunal dijo que “la convención para arbitrar no debe ser interpretada restrictivamente ni, de hecho, ampliamente o liberalmente. Debe

ser interpretada de tal forma que permita encontrar y respetar la voluntad común de las partes (...)”²⁶.

En el caso *SOABY c. Senegal* ya mencionado anteriormente, el tribunal reconoció que el acuerdo para arbitrar es una excepción al derecho de recurrir ante las cortes nacionales, pero que el acuerdo arbitral no debe presumirse. No obstante, no consideró que el consentimiento del Estado al acuerdo arbitral CIADI deba ser interpretado de una manera más estricta de la forma como se interpretaría el consentimiento de cualquier otro inversionista. Para el tribunal la interpretación adecuada del consentimiento de las partes debe tener en cuenta las consecuencias que las partes pueden considerar que se desprenden de sus compromisos de manera razonable y legítima, dentro del espíritu de las Convención de Washington y sus objetivos²⁷.

En el caso *SPP c. Egipto* mencionado anteriormente, el tribunal ante el argumento de la interpretación restrictiva del acuerdo arbitral que se encuentra en la legislación nacional, dijo que “no deben ser interpretados ni restrictivamente ni ampliamente, sino en cambio objetivamente y en buena fe (...)”²⁸. El tribunal no estuvo de

²⁴ *Holiday Inns c. Marruecos*. Caso CIADI N° ARB/72/1. Las partes llegaron a un acuerdo y el procedimiento fue discontinuado por solicitud de las partes. EL tribunal, por lo tanto, emitió la orden procedimental del 17 de octubre de 1978 de conformidad con la regla arbitral 43(1).

²⁵ *AMCO Asia Corporation and others c. República de Indonesia*. Caso CIADI N° ARB/81/1, decisión sobre jurisdicción, 25 de septiembre de 1983.

²⁶ *Ibíd.*, para 545.

²⁷ *SOABI. Op. cit.*; para. 205-6.

²⁸ *SPP. Op. cit.*; para. 143.

acuerdo con el gobierno egipcio de que el consentimiento de las partes al arbitraje CIADI debía basarse en la ley egipcia ni que la cláusula arbitral incluida en la legislación nacional debía interpretarse con la interpretación de los tratados.

Finalmente, en el caso *Tradex c. Albania*, el tribunal afirmó que “en caso de duda, la ley de inversiones de 1993 debe ser preferiblemente interpretada a favor de la protección del inversionista y a favor de la jurisdicción de CIADI, particularmente²⁹”.

Por lo tanto, se puede concluir de estos casos, que ninguno de los dos principios de interpretación del consentimiento alegados por los inversionistas o por los Estados han sido aplicados por los tribunales CIADI para darle alcance a la manifestación del consentimiento de las partes.

5. LA IMPOSIBILIDAD DE LA REVOCACIÓN UNILATERAL DEL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE CIADI

Para terminar, otro punto de gran debate es el correspondiente a la revocatoria del consentimiento al arbitraje CIADI, particularmente por parte del Estado. El artículo 25(1) de la Convención de Washington establece que “el consentimiento dado por las partes no

podrá ser unilateralmente retirado”. Esto se ha reconocido además en el preámbulo de la Convención que reconoce que:

“(...) el consentimiento mutuo de las partes en someter dichas diferencias a conciliación o a arbitraje a través de dichos medios constituye un acuerdo obligatorio, lo que exige particularmente que se preste la debida consideración a las recomendaciones de los conciliadores y que se cumplan los laudos arbitrales”.

Además en el Informe de los Directores Ejecutivos se reitera lo dispuesto en el artículo 25 (1) de la Convención, al afirmar que “el consentimiento de las partes (...) una vez dado no puede ser revocado unilateralmente”³⁰.

La obligatoriedad del consentimiento dado, y por lo tanto la naturaleza irrevocable de éste, procede del principio jurídico de *pacta sunt servanda*, el cual aplica para cualquier cláusula arbitral por su naturaleza contractual³¹. La aplicación de este principio tiene alcance en cualquier manifestación del consentimiento al arbitraje CIADI, sea en la legislación nacional, en un tratado o en un contrato, en la medida en que el consentimiento al arbitraje CIADI tiene siempre las connotaciones de un acuerdo, a pesar de que esté expresado en documentos o instrumentos separados³².

²⁹ *Tradex Hellas S.A. c. República de Albania*. Caso CIADI N° ARB/94/2, decisión sobre jurisdicción, 14 de diciembre de 1996.

³⁰ BANCO INTERNACIONAL DE RECONSTRUCCIÓN Y FOMENTO. Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Washington. . *Op. cit.*; Para. 23.

³¹ FOUCHARD, Philippe, GAILLARD, Emmanuel y GOLDMAN, Berthold. . *Op. cit.*; p. 274.

³² UNCTAD. *Dispute Settlement: Consent to arbitration*. Naciones Unidas: NCTAD/EDM/ Misc.232/Add.2. 2003, p. 39

El debate en torno a la revocatoria del consentimiento al arbitraje CIADI por parte de los Estados se ha dado desde las fases de negociación de la Convención de Washington. De alguna forma, la eficacia del mecanismo CIADI depende sustancialmente de este punto. En su momento, algunos Estados expresaron su preocupación de que si el Estado podía revocar su consentimiento dado en su legislación nacional en cualquier momento, el mecanismo de protección al inversionista sería completamente inocuo.

Por lo tanto, la irrevocabilidad del consentimiento opera sólo cuando el consentimiento ha sido perfeccionado. Una simple oferta de acudir a la jurisdicción de CIADI para resolver cierto tipo de disputas puede ser retirada en cualquier momento. El consentimiento del Estado al arbitraje CIADI se vuelve irrevocable cuando ha sido aceptado por escrito por el inversionista. El Estado puede modificar su legislación y por lo tanto

su consentimiento a CIADI, salvo que el inversionista haya aceptado previamente la jurisdicción de CIADI o la oferta del Estado mediante una comunicación al Estado, un acuerdo con éste o una solicitud de arbitraje ante el Centro. En ese sentido, se consolidaría el consentimiento al arbitraje ante CIADI por ambas partes, antes de que una de ellas (el Estado, en este caso), revocara su consentimiento. Este consentimiento mutuo, este acuerdo al arbitraje, se mantendría vigente incluso si la legislación nacional, que dio lugar al consentimiento del Estado, fuera revocada³³.

Así, el inversionista no podría basarse en una cláusula arbitral contenida en la legislación nacional o en un tratado sin hacer una declaración de consentimiento recíproco por escrito. Una vez que se ha dado la aceptación de la oferta del Estado al arbitraje CIADI, no se requiere otro acuerdo entre las partes para manifestar el consentimiento al arbitraje CIADI³⁴.

³³ SCHREUER. *Op. cit.*; pp. 252-255.

³⁴ PAULSSON. *Op. cit.*; para. 253.

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PACTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO COLOMBIANO

EDUARDO ZULETA JARAMILLO (*)

SUMARIO: 1. Régimen Legal del Arbitraje Comercial Internacional en Colombia. 1.1. El Arbitraje Comercial Internacional: Concepto General y Características. 1.2. El Arbitraje Internacional en Colombia: La Ley 315. 1.2.1. El “pacto de internacionalidad”. 1.2.2. Los casos en que es posible pactar arbitraje internacional. 1.2.3. Efectos de la posibilidad de pactar arbitraje internacional. 2. El Arbitraje Internacional en Colombia y las Convenciones Internacionales. 2.1. La Convención de Nueva York. 2.2. La Convención de Panamá. 3. La Ley 315 y la ley que rige el pacto arbitral. 3.1. La necesidad de determinar la ley aplicable. 3.2. Algunos criterios para establecer el derecho aplicable al Pacto Arbitral. 3.3. Los pactos de arbitraje a los que aplicaría la Ley 315. 4. Conclusiones.

El debate en materia arbitral en Colombia se ha centrado alrededor del arbitraje nacional¹. Temas como la arbitrabilidad de los actos administrativos, la procedencia de las acciones constitucionales contra laudos, la relación entre las acciones constitucionales (particularmente las acciones de tutela)

y el recurso de anulación y en general las materias que han generado controversia a nivel de la jurisprudencia y la doctrina, se han referido a arbitrajes entre partes colombianas, con reglas arbitrales y procesales colombianas, entre partes colombianas y ordinariamente regidos por la ley colombiana.

(*) Socio Gómez-Pinzón Zuleta Abogados. Las opiniones expresadas en este escrito son personales del autor y no representan necesariamente la opinión de Gómez-Pinzón Zuleta Abogados.

El autor agradece la colaboración de RAFAEL RINCÓN ORDÓÑEZ en la preparación de este escrito.

¹ El término utilizado comúnmente en los países hispanoparlantes es arbitraje con la casi única excepción de Colombia donde se sigue haciendo referencia al “arbitramento”.

Pocos son los casos que han tocado con arbitrajes internacionales y los pronunciamientos de las cortes colombianas sobre la materia son escasos y entre ellos apenas algunos han tocado el tema del pacto de arbitraje internacional. Tampoco abundan los laudos arbitrales proferidos en Colombia en arbitrajes internacionales y menos aún laudos en los que haya sido punto central de la controversia la aplicación de la ley de arbitraje internacional colombiana.

Con esas limitaciones, el presente artículo plantea algunas reflexiones sobre aspectos legales y prácticos de los pactos de arbitraje² internacional a que se refiere la legislación colombiana.

En una primera parte se abordará el régimen legal de arbitraje internacional vigente en Colombia, incluyendo los supuestos bajo los cuáles es posible pactar arbitraje internacional (1); a renglón seguido nos referiremos al régimen de las convenciones internacionales vigentes en Colombia en lo que tiene que ver con el pacto arbitral (2); y finalmente al alcance de ese régimen jurídico aplicable al pacto arbitral, y particularmente a cuales pactos le es aplicable (3).

1. RÉGIMEN LEGAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA

Como cuestión preliminar es necesario aclarar que, para los efectos de este escrito, el arbitraje al que haremos

referencia es el arbitraje comercial internacional. Aunque el término “arbitraje internacional” se utiliza a veces de manera indiscriminada para referirse tanto al arbitraje comercial internacional como al arbitraje entre Estados y al arbitraje relativo a la protección de inversiones –que también son arbitrajes internacionales– los comentarios que presentamos se refieren únicamente a la primera categoría de arbitrajes, los comerciales internacionales.

1.1. El Arbitraje Comercial Internacional: Concepto General y Características

Varias definiciones se han propuesto acerca de lo que es el arbitraje comercial internacional. Una de las más socorridas, aunque no exenta de debate, señala que el arbitraje “un mecanismo especialmente establecido para la determinación final y obligatoria de disputas o controversias relativas a una relación contractual o no contractual, con un elemento internacional, por árbitros independientes, de acuerdo con procedimientos y estructuras y estándares legales *o no legales elegidos directa o indirectamente por las partes*”³.

En el arbitraje comercial internacional, como lo sugiere la definición que hemos citado, hay un elemento internacional, un punto de contacto de la relación jurídica subyacente, o de la controversia, o de ambas, con más de

² Para los efectos del presente escrito y a menos que se indique lo contrario, la referencia a “pacto arbitral” comprende tanto el compromiso como la cláusula compromisoria.

³ LEW, Julian; MISTELIS, Loukas; KRÖLL, Stefan. “Comparative International Commercial Arbitration”. Kluwer, 2003, p.1 (Traducción libre).

un sistema jurídico, situación que no se presenta en el arbitraje nacional en donde por regla general todos los puntos de contacto se dan con un mismo sistema jurídico.

Los eventuales puntos de contacto de la relación jurídica o de la controversia pueden ser de carácter subjetivo (por ejemplo, domicilio o establecimiento de las partes, sede del tribunal arbitral) o de carácter objetivo (normalmente vinculados a la relación jurídica misma)⁴. El arbitraje internacional surge como un mecanismo de solución de controversias una vez se ha acreditado que la relación jurídica o la controversia respectiva son de carácter internacional⁵.

La Ley Modelo de Arbitraje Internacional (la “Ley Modelo”) redactada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“CNUDMI”)⁶ señaló en su artículo 1 los criterios para determinar cuando un

arbitraje es internacional⁷. Cada Estado al expedir su ley de arbitraje determinará cuándo hay lugar a un pacto de arbitraje internacional para aquellos pactos de arbitraje que se rijan por la ley de ese Estado.

En el caso colombiano, la Ley 315 de 1996 (la “Ley 315”) establece los supuestos en los cuales es posible pactar arbitraje internacional a la luz de la ley colombiana y los efectos que dicho pacto tiene dentro de la legislación colombiana. La citada ley estuvo inspirada en la Ley Modelo⁸. Sin embargo, el texto final de la Ley 315 adoptó apenas unos pocos artículos de la Ley Modelo, e introdujo una serie de cambios que resultaron en diferencias sustanciales entre ambas normas⁹. Es por ello que la referencia que en no pocas ocasiones hace la doctrina a la Ley Modelo para resolver vacíos de la ley colombiana no siempre resulta afortunada¹⁰.

⁴ Por ejemplo el Código de Procedimiento Civil francés adopta un criterio objetivo al señalar en su artículo Artículo 1492 que “Se considera internacional el arbitraje que afecta a intereses del comercio internacional”.

⁵ SILVA ROMERO, Eduardo. La “jurisprudencia arbitral” de la Cámara de Comercio Internacional en materia de derecho aplicable a los contratos internacionales de distribución. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano. Artículo publicado en el libro *Derecho Internacional de los Negocios*. Universidad Externado de Colombia. 2003.

⁶ Respecto de la Ley Modelo de la CNUDMI ver: CONEJERO, Cristian. “Análisis Comparativo de la Influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI en Latinoamérica”. Artículo publicado en *Revista Internacional de Arbitraje*. Tomo IV. Edit. Legis. Enero de 2006. Cabe señalar que la Ley Modelo fue enmendada en el año 2006.

⁷ Véase artículo 1 de la Ley Modelo. El objetivo de preparar una ley modelo fue el buscar que los diferentes países adoptaran leyes de arbitraje similares que siguieran parámetros internacionales en materia de arbitraje.

⁸ Al respecto, ver la Exposición de Motivos de la Ley 315 de 1996 (Proyecto de Ley 50 de 1995).

⁹ Respecto de las diferencias entre la Ley Modelo de la CNUDMI y la Ley 315 de 1996, ver: SILVA ROMERO, Eduardo. *Op. Cit.*; supra. 3.

¹⁰ Actualmente el Congreso de la República se encuentra estudiando un nuevo proyecto de Ley que regula el Arbitraje en Colombia e incluye un capítulo relativo al Arbitraje Comercial Internacional. Dicho capítulo contiene una redacción similar a la Ley Modelo y cubre aspectos que la Ley 315 no regula.

1.2. El Arbitraje Internacional en Colombia: La Ley 315

La Ley 315 regula el arbitraje internacional en Colombia, junto con los tratados internacionales a los que hace referencia y que serán materia de breve análisis en este escrito.

Como mencionamos anteriormente, la Ley 315 establece los presupuestos bajo los cuáles es posible pactar arbitraje internacional en Colombia. Dichos presupuestos se encuentran consagrados en el artículo 1 de la norma citada que señala:

“Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.
2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.
3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral¹¹.
4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente.
5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e

inequívocamente los intereses del comercio internacional”.

1.2.1. El “pacto de internacionalidad”

Sectores de la doctrina colombiana¹² han señalado que no basta con la presencia de una de las cinco hipótesis que se plantean en el artículo antes transcrito, sino que la norma citada exige como requisito para el pacto de arbitraje internacional –en razón de la oración “*cuando las partes así lo hubieren pactado*”– que en el acuerdo mismo de arbitraje se señale que el arbitraje será internacional. Según esta interpretación, si faltare la mención en el pacto de que el arbitraje es internacional, el arbitraje pactado sería doméstico, o no habría pacto de arbitraje, aunque se presenten uno o más de los llamados elementos o factores de internacionalidad contenidos en el artículo 1 de la Ley 315 de 1996.

Consideramos que la expresión “*cuando las partes así lo hubieren pactado*” no se refiere al pacto de internacionalidad del arbitraje sino al pacto mismo de arbitraje, es decir, a la existencia de un pacto arbitral en la forma de un compromiso o una cláusula compromisoria. La internacionalidad está dada por la presencia de alguno de los elementos señalados en los numerales 1 a 5 del artículo 1 de la Ley 315 y por ende habrá arbitraje internacional cuando existiere un pacto válido de arbitraje y además

¹¹ Según la sentencia C-347 de 1997 de la Corte Constitucional, este numeral es exequible siempre que una de las partes del contrato tenga nacionalidad extranjera.

¹² BOTERO SANCLEMENTE, Ana María; CORREA HENAO, Néstor Raúl. *Arbitramento Internacional*, Bogotá D.C., Colombia: Cámara de Comercio de Bogotá, 2002, p. 23.

se presentare alguno de los elementos contenidos en la norma referida.

En otras palabras, para que exista arbitraje internacional se requiere que las partes hayan pactado arbitraje y que esté presente alguno de los elementos o factores de internacionalidad previstos en la norma referida. La ley no exige formalidades adicionales y no pueden crearse por vía de interpretación¹³.

Este punto fue debatido en un arbitraje internacional con sede en Colombia bajo las Reglas de la CCI¹⁴. La parte demandante sostenía que la falta de referencia expresa a que el arbitraje pactado era internacional impedía tramitar el arbitraje como tal y que en consecuencia debía procederse con un arbitraje doméstico colombiano. La parte demandada sostuvo la tesis que se plantea en este escrito. En su laudo, el árbitro único encontró que estaba claramente demostrado que al momento de celebrar el pacto de arbitraje las partes estaban domiciliadas en Estados diferentes por lo cual se cumplía la hipótesis del artículo 1 de la Ley 315.

En cuanto a la falta de “pacto de internacionalidad” alegado por la demandante, el árbitro acogió la posición de la demandada. Estimó el árbitro la interpretación planteada por la deman-

dante implicaría “exigir un requisito *ad validatem* adicional para el arbitraje internacional, lo cual, en la práctica constituiría una reserva retroactiva a la Convención de Panamá de 1975 sobre arbitraje comercial internacional (Ley 44 de 1986) que, al igual que la Convención de Nueva York de 1958 (Ley 30 de 1990) –aplicable al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros– consagra la validez del acuerdo arbitral sin sujeción a requisitos formales (fuera de que conste en un escrito firmado por las partes) ni fórmulas sacramentales”¹⁵. Para concluir que la interpretación propuesta llevaría a la inaceptable hipótesis de que el legislador quiso consagrar una violación al Derecho Internacional Público y a las obligaciones internacionales asumidas por Colombia.

Finalmente señala el laudo final del caso referenciado, después de hacer referencia a la exposición de motivos de la Ley 315, que además, “*ad absurdum, una interpretación contraria a lo expresamente indicado en la “historia fidedigna” de la aprobación de la Ley 315, llevaría a que un arbitraje que cumpliera varias de las circunstancias de internacionalidad previstas en el mencionado artículo 1 de la Ley 315 [...] fuera entonces considerado como un arbitraje nacional*”¹⁶.

¹³ La anterior interpretación la confirma la exposición de motivos de la Ley (proyecto de Ley 50 de 1995) que refiriéndose al párrafo introductorio del citado artículo 1 señala que “Se incluye así mismo un parágrafo en el que se deja claro que cuando quiera que opere alguno de los criterios determinantes del arbitraje internacional y *adicionalmente medie un pacto arbitral*, el trámite procedente par la solución del conflicto será el del arbitraje internacional previsto en esta ley ” (énfasis añadido). Gaceta del Congreso de agosto 10 de 1995, p. 15.

¹⁴ Caso CCI No. 11747/KGA (no publicado).

¹⁵ Laudo final del caso citado en la nota 15.

¹⁶ Laudo final del caso citado en la nota 15.

Las convenciones internacionales antes citadas –Panamá y Nueva York– así como la Ley Modelo y las legislaciones de arbitraje de la mayoría de los países, incluido Colombia, exigen como único requisito del pacto arbitral el que conste por escrito. El pacto de arbitraje internacional en Colombia no es la excepción.

1.2.2. *Los casos en que es posible pactar arbitraje internacional*

A continuación nos referiremos a cada una de las hipótesis en las cuales la ley colombiana permite pactar arbitraje internacional:

1.2.2.1. El numeral 1 del artículo 1 de la Ley 315

De acuerdo con este numeral, el arbitraje será internacional cuando “las partes al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes”.

Esta disposición amerita dos comentarios fundamentales. En primer lugar, nótese que la Ley 315, siguiendo el texto de la Ley Modelo en la cual dijo basarse el legislador nacional, adoptó no sólo en este numeral sino en los demás que componen el artículo 1, el criterio de domicilio o establecimiento, y no el de nacionalidad, como determinantes para establecer la presencia de un elemento extranjero en el respectivo contrato que permitiera pactar el arbitraje internacional¹⁷.

En esta materia el legislador siguió la tendencia de la doctrina y la jurisprudencia que no ven en la nacionalidad una condición o un criterio suficientes para determinar el carácter de internacional del arbitraje¹⁸. Este criterio, sin embargo, parecería haber sido parcialmente modificado por la Corte Constitucional, como se verá más adelante en este escrito, al analizar el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315.

En segundo lugar, para efectos de este numeral 1, el momento temporal

¹⁷ Dispone en lo pertinente la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional:

“3) Un arbitraje es internacional si: a) las partes en un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes, o

“b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos: i) el lugar del arbitraje, si éste se ha determinado en el acuerdo de arbitraje o con arreglo al acuerdo de arbitraje; ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha; o c) las partes han convenido expresamente en que la cuestión objeto del acuerdo de arbitraje está relacionada con más de un Estado.

“4) A los efectos del párrafo 3) de este artículo:

“a) si alguna de las partes tiene más de un establecimiento, el establecimiento será el que guarde una relación más estrecha con el acuerdo de arbitraje;

“b) si una parte no tiene ningún establecimiento, se tomará en cuenta su residencia habitual”.

¹⁸ Véase, por ejemplo, LEW, MISTELAS, KROLL. *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, 2003, pp. 57-64; RUBINO-SAMMARTANO. *International Arbitration*, Kluwer Law International, 2001, pp. 39-46; FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN, *ib.*, pp. 45-61.

que debe analizarse para establecer la posibilidad del pacto de arbitraje internacional es el de la celebración del mismo. En consecuencia, si las partes no tienen su domicilio en Estados diferentes al momento de celebrarse el pacto arbitral, y no hay elemento de internacionalidad en la relación jurídica, el arbitraje no se convertiría automáticamente en internacional por el solo hecho de que las partes cambien su domicilio o porque tengan un domicilio en Estados diferentes al momento de iniciarse el arbitraje. Lo anterior no impide que las partes puedan, en ese momento, acordar un arbitraje internacional si una de ellas tiene su domicilio fuera de Colombia.

1.2.2.2. Numeral 2 del artículo 1 de la Ley 315.

Dispone el numeral 2 de la Ley 315 que será internacional el arbitraje cuando “(...) el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el *objeto del litigio* se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal” (cursivas fuera del texto original).

Este numeral se basa en el artículo 1 (3) (b) (ii) de la Ley Modelo. Dicho

artículo establece que será internacional el arbitraje si el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, se encuentra por fuera del Estado en el cual las partes tienen sus establecimientos¹⁹.

La norma colombiana, a diferencia de la citada Ley Modelo, solamente hace depender la posibilidad de pacto arbitral internacional del lugar con el cual el “objeto del litigio” tenga la vinculación más estrecha, dejando aparentemente de lado el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación sustancial. Una lectura literal y aislada podría llevar a concluir que la norma del numeral 2 del artículo 1 de la Ley 315 sólo es aplicable a aquellos casos en los que las partes ya se encuentran involucradas en un litigio (la norma se refiere al objeto del litigio), y no a aquellos casos en los cuales las partes celebran un pacto arbitral para resolver posibles conflictos. Es decir, una interpretación de esta naturaleza podría llevar a considerar que la norma se aplica a los llamados compromisos arbitrales, más no a cláusulas compromisorias.

En la nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo²⁰ se señala que tanto el lugar de

¹⁹ Ley Modelo CNUDMI Artículo 1 (3) (b) (ii): “*Un arbitraje es internacional si:*

“(...

“b) uno de los lugares siguientes está situado fuera del Estado en el que las partes tienen sus establecimientos:

“(...

“(ii) el lugar del cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones de la relación comercial o el lugar con el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha (...).”

²⁰ <http://www.sice.oas.org/DISPUTE/comarb/uncitral/icomars3.asp#note4>

cumplimiento del contrato como el lugar del litigio deben ser considerados como elementos determinantes de la posibilidad de pactar arbitraje internacional. La norma colombiana, reiteramos, lo que hace es unificar en una sola hipótesis dos conceptos que la Ley Modelo trata como diferentes.

Pese a lo inadecuado del texto, una interpretación literal como la planteada anteriormente conllevaría a la imposibilidad de pactar arbitraje internacional a menos que se haya presentado el litigio respectivo, a pesar de que en el momento de la celebración del pacto arbitral sea claro que parte sustancial de las obligaciones relacionadas con el objeto del contrato se cumplen por fuera de Colombia.

Ahora bien, por una parte, nada hay en la historia legislativa de la norma que sugiera que la intención del legislador, al expedir la Ley 315, haya sido la de limitar a las partes a la posibilidad de celebrar pactos de arbitraje internacional solamente cuando existiere ya una controversia. Por la otra, las normas deben interpretarse en el sentido en que produzcan efectos. Una interpretación restrictiva llevaría a la aplicación de la norma, es decir, a la posibilidad de pactar arbitraje internacional, solamente a aquellos casos que generalmente son la excepción, o al menos la inmensa minoría, que son los eventos en que se pacta arbitraje cuando ya existe la controversia. Se dejarían, en consecuencia, por fuera de la hipótesis del numeral 2 del artículo 1 de la Ley 315 a cualquier pacto de arbitraje celebrado antes de que existiere la controversia, lo que resultaría absurdo, por decir lo menos.

En nuestro sentir, esta infortunada redacción de la norma debe entenderse de manera amplia, es decir, no solamente como refiriéndose a litigios existentes sino a litigios que pueden presentarse en el futuro; es decir, que sería posible pactar arbitraje internacional si el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto de cualquier eventual litigio derivado de la relación contractual —obviamente entre quienes pactan el acuerdo arbitral— se encuentra situado fuera del Estado en el cual dichas partes tienen su domicilio principal.

1.2.2.3. El numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 y la sentencia C-347/97

El numeral 3 señala que el arbitraje será internacional “Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral”.

En sentencia C-347/97 del 23 de julio de 1997 la Corte Constitucional declaró exequible el numeral, “*en los precisos términos de la parte motiva*” de dicha providencia. La argumentación fundamental de la parte motiva a que se hace referencia en la decisión es del siguiente tenor:

“El actor ha interpretado el numeral 3, demandado, de una sola manera: las partes tienen su domicilio en Colombia, y en la controversia no existe, o no puede existir, un solo elemento extranjero. La Corte no comparte esta interpretación, por las siguientes razones.

Es claro que aun teniendo todas las partes en conflicto el mismo domicilio,

y estando éste en Colombia, puede existir un elemento extranjero. Basta pensar en la posibilidad de que en el conflicto sea parte una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia. Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio.

Partiendo de esta interpretación, que es la acertada para la Corte, hay que concluir que es posible jurídicamente el sometimiento de las diferencias a un tribunal arbitral internacional, sin quebrantar la ley ni la Constitución de Colombia.

Por consiguiente, se declarará la exequibilidad de la disposición acusada, siempre y cuando ella se aplique cuando al menos una de las partes sea extranjera”.

Esta decisión merece dos comentarios. En primer lugar, la Corte Constitucional considera ajustado a la norma fundamental el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315, condicionada esa constitucionalidad a la presencia de un elemento extranjero. En segundo lugar la Corte parece introducir, *obiter dicta*, el criterio de nacionalidad como determinante para establecer la presencia de un elemento extranjero, haciendo énfasis en la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio.

Si la constitucionalidad del numeral 3 citado depende –como lo señala la Corte Constitucional– de la presencia de un “elemento extranjero”, cabrían dos posibilidades. Por una parte, que se trate de uno de los elementos extranjeros ya previstos en la Ley 315, en cuyo caso

la sentencia dejaría sin efectos al citado numeral 3, en cuanto la presencia de cualquier elemento extranjero de los previstos en los numerales 1, 2, 4 y 5 sería suficiente por sí misma para permitir el pacto de arbitraje internacional. Por la otra, que se trate de un elemento extranjero diferente de los previstos en la Ley 315 de 1996, en cuyo caso la Corte estaría creando, por vía jurisprudencial, factores de conexión internacional o de extranjería adicionales a los previstos por el legislador. Una y otra posibilidades parecerían entonces ser contrarias a una sana y adecuada interpretación de la norma.

En la terminología utilizada por la Corte, la constitucionalidad de la disposición parecería depender de que una de las partes sea “una persona extranjera que tenga su domicilio en Colombia” porque además, al decir de la Corte, “*Todo se reduce a no perder de vista la diferencia entre los conceptos de nacionalidad y domicilio*”. Esto significaría que la Corte Constitucional estaría introduciendo la nacionalidad como criterio para establecer la presencia de un “elemento extranjero” en la relación jurídica involucrada en el arbitraje, criterio que es ajeno a la génesis de la Ley 315 de 1996, y a la Ley Modelo que le sirvió de base y adicionalmente podría implicar la introducción de un elemento discriminatorio frente a los nacionales colombianos²¹.

En síntesis, la interpretación que hizo la Corte Constitucional abre la posibilidad

²¹ Véase nota anterior y el salvamento de voto del magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz a la sentencia C-347 de 97.

de argumentar que la nacionalidad extranjera de una de las partes, aunque las dos tengan su domicilio en Colombia y su asiento principal de negocios en el país, sumada al hecho de que el tribunal arbitral tenga su sede fuera de Colombia, permitiría el pacto de arbitraje internacional. Así, por ejemplo, un contrato celebrado por una sociedad colombiana con una persona natural extranjera domiciliada en Colombia y con asiento de negocios en el país, o con la sucursal colombiana de una sociedad extranjera, permitiría el pacto de arbitraje internacional simplemente fijando la sede del tribunal arbitral fuera de Colombia.

1.2.2.4. Numeral 4° del artículo 1° de la Ley 315

El numeral 4 señala que el arbitraje será internacional “Cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente”.

El texto citado encuentra su origen en el numeral 1 (3) (c) de la Ley Modelo. El legislador colombiano añadió el calificativo “**claramente**” al texto de la Ley Modelo. Este evento es uno de los menos comentados por la doctrina y la jurisprudencia, ya que exige unos presupuestos de hecho que no son comunes dentro de las cláusulas arbitrales.

Esta hipótesis ha sido criticada por la doctrina puesto que no es muy claro cuál es el elemento de internacionalidad de la relación jurídica cuando dos partes

expresamente acuerdan que el asunto objeto del pacto arbitral vincula los intereses de más de un Estado²². Tampoco es claro si se trata de un asunto en el que los intereses del Estado están en juego por ser el Estado o una entidad estatal parte en el arbitraje, o si basta que el Estado tenga interés en el asunto –por ejemplo por tratarse de un asunto de servicio público prestado por un particular– aunque ni ese Estado ni una entidad estatal estén vinculados al arbitraje.

De otra parte, el mismo problema que la Corte Constitucional encontró respecto del numeral 3 podría predicarse de este numeral 4, es decir, que la internacionalidad del arbitraje no puede darse por el simple hecho de que las partes “creen” un elemento internacional que no existe ni objetiva ni subjetivamente. Hasta donde conocemos, las cortes colombianas no se han pronunciado al respecto. Estados como Canadá y Senegal decidieron excluir este criterio de su legislación doméstica en vista de la confusión que presentaba.

1.2.2.5. Numeral 5 del artículo 1 de la Ley 315

Dispone el numeral 5 del artículo 1 de la Ley 315 que será internacional el arbitraje cuando: “(...) la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional”.

Se trata de un texto que no está incluido en la Ley Modelo y que fue tomado del artículo 1492 del Nuevo

²² FOUCHARD, GAILLARD, GOLDMAN. *Op. cit.*; p. 103.

Código de Procedimiento Civil Francés²³. Debe anotarse, sin embargo, que el legislador nacional introdujo variaciones con respecto al texto francés original, por lo que las decisiones de las cortes francesas, muchas veces citadas al comentar la norma colombiana, deben analizarse con cautela. En efecto, la norma francesa se refiere a que el arbitraje involucre los intereses del comercio internacional, al paso que la norma nacional es más restrictiva en cuanto exige que la controversia sometida a arbitraje –no la relación jurídica– afecte los intereses del comercio internacional, pero además exige que los afecte de manera directa e inequívoca, calificación esta que no aparece en la norma francesa.

En ese orden de ideas, reiteramos que la jurisprudencia francesa relativa al artículo 1492 del Nuevo Código de Procedimiento Civil francés no puede aplicarse al caso colombiano sin estudiar en cada caso los hechos respectivos y sin tener en cuenta la diferencia sustancial entre las dos disposiciones.

Al igual que en el caso del numeral 2 del artículo 1 de la Ley 315, el legislador sujetó la posibilidad de pactar arbitraje internacional a los puntos de contacto de la controversia –y no del contrato o de la relación jurídica– con los intereses del comercio internacional. Por lo tanto, una interpretación literal de la norma podría llevar a concluir que la misma no es aplicable al momento de pactar una cláusula compromisoria, sino que está limitada aquellos casos en los cuales ya

hay un posible litigio con base en cual se pueda determinar si la decisión que resulte del arbitraje podría afectar los intereses del comercio internacional.

También en este caso, una interpretación literal del numeral 5 del artículo 1 de la Ley 315, llevaría a que no podría haber pacto de arbitraje internacional sino cuando se conozca la respectiva controversia para saber si la misma afecta de manera directa e inequívoca los intereses del comercio internacional. Esta aplicación literal conduciría, sin embargo, a que no se pudiera pactar arbitraje internacional en un contrato celebrado en Colombia que afecta directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional en cuanto todavía no hay controversia, lo que conduciría a una aplicación restringida de la norma, aparentemente no querida por el legislador.

Ahora bien, si la norma se entiende como referida no solamente a controversias existentes sino a las controversias que pueden llegar a ser materia de arbitraje –que es el alcance que consideramos correcto–, sería entonces posible pactar una cláusula arbitral en la que las partes acuerden que someterán a arbitraje internacional aquellas disputas que puedan surgir entre ellas, cuando las mismas afecten de manera directa e inequívoca los intereses del comercio internacional. En tal caso, la cláusula sería válida y el juez que la examine, o el tribunal arbitral competente para conocer del caso, o el juez de anulación

²³ Artículo 1492 Nuevo Código de Procedimiento Civil Francés: “(...) *est international l'arbitrage qui met en cause les interest du commerce international.*”

o el juez que tramite el reconocimiento y ejecución, según el caso, le daría plenos efectos si las disputas puestas a su consideración efectivamente afectan de manera directa e inequívoca los intereses del comercio internacional.

La jurisprudencia francesa ha señalado que se afectan los intereses del comercio internacional cuando se presenta un tránsito o un intercambio de bienes y servicios a través de las fronteras. Los jueces colombianos no han tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el alcance de la norma. En todo caso, es necesario analizar cada caso en particular para ver si se presentan circunstancias en las que, además de afectarse los intereses del comercio internacional, la afectación sea directa e inequívoca a fin de determinar si es posible el pacto de arbitraje internacional.

1.2.3. Efectos de la posibilidad de pactar arbitraje internacional

Tales efectos están señalados en el artículo 2 de la Ley 315 que señala:

“El arbitraje internacional se registrará en todas sus partes de acuerdo con las normas de la presente ley, en particular por las disposiciones de los Tratados, Convenciones, Protocolo y demás actos de Derecho Internacional suscritos y ratificados por Colombia, los cuales priman sobre las reglas que sobre el particular, se establecen en el Código de Procedimiento Civil. *En todo caso, las partes son libres de determinar la*

norma sustancial aplicable conforme a la cual los árbitros habrán de resolver el litigio. También podrán directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, determinar todo lo concerniente al procedimiento arbitral incluyendo la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros, así como la sede del Tribunal, la cual podrá estar en Colombia o en un país extranjero” (Cursiva fuera de texto).

En este orden de ideas, el pacto de arbitraje internacional tiene dos efectos fundamentales en la legislación colombiana.

En primer lugar, cuando se permite el pacto de arbitraje internacional, las partes son libres pactar el derecho aplicable al fondo del litigio.

A este respecto cabe anotar que el artículo 2, a diferencia de otros estatutos, hace referencia a la “*norma sustancial aplicable*” y no a un derecho nacional aplicable o a una ley nacional aplicable, con lo cual abre la posibilidad de que la regla sustantiva aplicable a la controversia no sea necesariamente una ley nacional²⁴. En este orden de ideas sería posible entonces pactar una determinada ley nacional, o más de una ley nacional –acudiendo a la llamada teoría del “desmembramiento del contrato” (del francés *depeçage*)– o contemplar otras hipótesis de norma sustancial aplicable como serían, por ejemplo, las reglas transnacionales (la llamada *lex mercatoria*)²⁵.

²⁴ Sobre el particular véase, por ejemplo, la diferencia entre el texto colombiano y Ley Modelo de la CDNUDMI en su artículo 28(1) que ha servido de base a varios de los estatutos de arbitraje expedidos en América Latina.

²⁵ Acerca de los posibles pactos de ley extranjera ante una norma amplia como la contenida en la Ley 315 de 1996 véase, por ejemplo, FOUCHARD, Gaillard Goldman. *On International*

En segundo lugar, las partes pueden determinar todo lo referente al procedimiento arbitral y elegir la sede del tribunal arbitral. En efecto, la Ley 315 reconoce la autonomía de las partes para pactar su propio procedimiento arbitral, incluyendo, entre otros, la convocatoria, la constitución, la tramitación, el idioma, la designación y nacionalidad de los árbitros. Lo anterior significa que las partes en un arbitraje internacional, aunque el mismo tuviera por sede a Colombia, no estarían, por regla general, sujetas a los requisitos procesales establecidos en la legislación colombiana para el arbitraje nacional o para los procesos judiciales.

2. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA Y LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES

En materia de arbitraje internacional estas convenciones prevalecen sobre

otras disposiciones relativas al arbitraje y especial aunque no únicamente sobre el Código de Procedimiento Civil. En primer lugar, porque se trata de convenciones internacionales ratificadas por Colombia²⁶. En segundo lugar porque se trata de normas posteriores y especiales y, finalmente, porque así lo establece de manera expresa el artículo 2 de la Ley 315²⁷.

2.1. La Convención de Nueva York

Uno de los principales factores que ha demostrado el importante crecimiento del arbitraje en el mundo en las últimas décadas ha sido la ratificación por 142²⁸ países de la Convención Sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (la “Convención de Nueva York”). Se trata sin duda alguna de uno de los pilares del

Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999, pág. 785 y siguientes. Sobre el particular, y para el caso específico de la ley colombiana, Silva Romero ha señalado que la redacción de la norma es afortunada porque “no hace referencia, como sí lo hace la Ley Modelo de la CNUDMI al derecho nacional aplicable. Lo anterior quiere decir que, en derecho colombiano, las partes, en los contratos internacionales con cláusula compromisoria que celebren, no están obligadas a elegir un derecho nacional aplicable al contrato, como el derecho francés, y se encuentran más bien facultadas para escoger normas sustanciales de derecho internacional como aplicables a su contrato como para elegir normas sustanciales de carácter contractual, como únicas normas aplicables al mismo. Con todo, las partes, en virtud de la terminología del artículo 197 del Decreto 1818 de 1998, son libres de elegir normas nacionales, normas internacionales o normas puramente contractuales como aplicables al contrato internacional que celebren”. Cfr. SILVA ROMERO, Eduardo, *Las Normas Jurídicas Aplicables al Arbitraje Comercial Internacional. Breve Contribución al Derecho Internacional Privado Colombiano*, en *Revista de Derecho Privado*, Ediciones Uniandinas, Universidad de los Andes N° 28, septiembre de 2002, pág. 29.

²⁶ El artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dispone que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.

²⁷ Infortunadamente la Corte Suprema de Justicia colombiana, en las decisiones sobre reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, no ha dado prevalencia a las Convenciones de Nueva York y Panamá sino que ha aplicado directamente las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, claramente menos favorables, como si las convenciones tuvieran apenas un carácter subsidiario o auxiliar de interpretación.

²⁸ Número de Estados partes a la fecha. Para obtener la lista de países véase: http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention_status.html

arbitraje comercial internacional²⁹. La Convención Nueva York fue ratificada por Colombia mediante Ley 37 de 1990.

La Convención Nueva York surgió, entre otros, con el propósito de mejorar sustancialmente el régimen contenido en el Protocolo de 1923 y la Convención de 1927. Incluyó en un solo instrumento los dos grandes temas que cada tratado abarcaba, esto es, el reconocimiento del acuerdo arbitral³⁰ y el reconocimiento y la ejecución del laudo. Así la Convención de Nueva York mejoró, entre otros, aspectos relativos al acuerdo de arbitraje y el ámbito de aplicación de las convenciones, la carga de la prueba, la organización de las condiciones para la ejecución de un laudo y el “doble *exequátur*”, y la influencia de la sede de arbitraje. Algunos de los cambios sustanciales introducidos por la Convención de Nueva York fueron:

- **Se invierte la carga de la prueba:** En la Convención de Ginebra, correspondía a quien solicitaba el reconocimiento de un laudo probar que ese laudo no caía en alguna de las causales de denegación para el reconocimiento y ejecución establecidas en dicho tratado. La Convención de Nueva York establece que corresponde a quien se opone al reconocimiento del laudo probar una de las cinco causales para negar el reconocimiento y ejecución y solo en dos hipótesis –arbitrabilidad y orden público– puede el juez negar de oficio el reconocimiento y ejecución. Se habla entonces de una presunción de validez del

²⁹ Existen abundantes escritos sobre la Convención de Nueva York. Entre los distintos autores, podemos citar a: ROBERT, Jean. *Revue de l'Arbitrage*, “La Convention de New York du 10 juin 1958 pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères”, Paris, 1958, N°3, p. 70; VAN DEN BERG, A.J. *The New York Arbitration Convention of 1958 Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation Publishers, The Netherlands, 1981; Van den Berg, A.J., *ASA Special Series No.9*, “The New York Arbitration Convention of 1958”, August 1996; Mustill, Michael, *Journal of International Arbitration*, “Arbitration: History and Background”, 1989, Vol. 6 No. 2, pp. 43-56; Herrmman, Gerold, *I.c.c.a.Congress Series No.9*, “The 1958 New York Convention: Its objectives and its future”, Paris, 1999, págs. 15-24; SANDERS, Pieter. *I.c.c.a.Congress Series No.9*, “The history of the New York Convention”, Paris, 1999, pp. 11-14; Paulsson, Jan, *The ICC International Court of Arbitration Bulletin*, “Enforcing arbitral awards notwithstanding a local standard annulment (LSA)”, Vol. 9/No.1, May 1998, p. 14. BRINER, Robert. “The Role of the ICC in the Preparation of the New York Convention”; Ponencia presentada en la Conferencia Internacional sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (en conmemoración del 45 aniversario de la Convención) en Moscú, 13-14 October 2003; FOUCHARD, Gaillard y Goldman. *International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, The Netherlands, 1999, p. 122 *et seq.*; Poudret y Besson. *Droit Comparé de l'Arbitrage*, Bruylant Bruxelles L.G.D.J., Schulthess, Genève, 2002, p. 52.

³⁰ La propuesta, conocida como la “Propuesta Holandesa” para incluir el actual artículo II en la Convención de Nueva York fue presentada y aceptada muy tarde en las conversaciones que dieron nacimiento a dicha Convención. Para un recuento testimonial de este dato, ver Sanders, Pieter, “The History of the New York Convention”, *I.c.c.a.Congress Series N. 9*, Paris, 1999, pp. 11-14.

laudo, de una política pública a favor del reconocimiento y la ejecución de laudos por parte de los Estados contratantes de la Convención de Nueva York.

- **Se abolió el doble-exequátur:** Antes de la Convención de Nueva York, quien solicitaba el reconocimiento de un laudo proferido en el territorio de otro Estado, debía primero solicitar ante el juez del Estado en el cual se profirió el laudo en el cual se profirió el laudo una constancia de que sobre ese laudo no recaen nuevas instancias o que no ha sido anulado, y que por ende dicho laudo ya ha hecho tránsito a cosa juzgada. Luego debía someterse al proceso de exequátur de la Convención de Ginebra. Ahora, con la presunción de validez que enunciamos anteriormente, se presume que el laudo es obligatorio y el primer exequátur ya no es necesario.
- **El ámbito de aplicación ha aumentado** hasta el punto que la Convención de Nueva York se aplica, en los países que no han hecho las reservas, a cualquier tipo de laudo arbitral que haya sido proferido en cualquier territorio de otro Estado. Este último principio,

reconocido como el principio de universalidad de la Convención de Nueva York es uno de los grandes avances de este tratado.

- **Principio de Favorabilidad:**

La Convención de Nueva York tiene una norma particular –Artículo VII- que la subordina a otras convenciones y derechos internos, con el fin de lograr la máxima eficacia de sus normas. Así, se ha considerado que la Convención de Nueva York no aplica respecto de regímenes más favorables relativos al reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales. En este punto ha advertido la doctrina que la favorabilidad se predica para quien solicita el *exequátur* y no para quien se opone al mismo, dado que el objeto mismo de la Convención es facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos³¹.

La Convención de Nueva York ha servido para garantizar una política pública a favor del reconocimiento y ejecución de laudos en los Estados Contratantes. Adicionalmente, la Convención de Nueva York constituye una pieza fundamental en cuanto al reconocimiento de pactos arbitrales. En efecto, el artículo II establece la obligación de los Estados “de reconocer el acuerdo por escrito conforme al cual las

³¹ PAULSSON, Jan. “El Orden Público como criterio para negar el Reconocimiento y la Ejecución de Laudos Arbitrales”. *El Arbitraje Comercial Internacional - Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º Aniversario*. Editorial Abeledo Perrot. Octubre de 2008.

partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”.

Por último, la Convención dispone además que el juez de cada uno de los Estados parte en la Convención de Nueva York al que se someta un litigio “respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”. Se trata de normas sustantivas referentes al pacto de arbitraje que deben tenerse en cuenta para todos los efectos relativos al pacto de arbitraje internacional bajo la ley colombiana.

2.2. La Convención de Panamá

La Convención de Panamá de 1975 sobre Arbitraje Comercial Internacional (en adelante la “Convención de Panamá”) fue ratificada por Colombia el 18 de noviembre de 1986. Dicho instrumento está abierto a la firma de los Estados miembros de la Organización de Estados

Americanos y a la adhesión de cualquier otro Estado.

La Convención de Panamá sólo ha sido ratificada por Estados americanos, por lo cual no tiene una vocación universal como la Convención de Nueva York. Existen dos puntos que merecen destacarse respecto de la Convención de Panamá para los efectos de este escrito.

En primer lugar, el artículo 3 según el cual “A falta de acuerdo expreso entre las partes el arbitraje se llevará a cabo conforme a las reglas de procedimiento de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”. Es necesario, entonces tener en cuenta que al celebrarse el pacto arbitral entre partes pertenecientes a Estados que hayan ratificado la Convención de Panamá, el silencio sobre el reglamento aplicable daría lugar a la aplicación del reglamento de la *Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial - CIAC*, que puede ser un efecto no querido por las partes.

En segundo lugar, en el caso de los Estados Unidos, la Convención de Panamá aplica de preferencia sobre la de Nueva York cuando los Estados de las dos partes son parte de la Convención de Panamá y además miembros de la Organización de Estados Americanos³².

³² Federal Arbitration Act, Section 305. Relationship between the Inter-American Convention and the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958. When the requirements for application of both the Inter-American Convention and the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958, are met, determination as to which Convention applies shall, unless otherwise expressly agreed, be made as follows:

(1) If a majority of the parties to the arbitration agreement are citizens of a State or States that have ratified or acceded to the Inter-American Convention and are member States of the Organization of American States, the Inter-American Convention shall apply.

(2) In all other cases the Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards of June 10, 1958, shall apply.

3. LA LEY 315 Y LA LEY QUE RIGE EL PACTO ARBITRAL

3.1. La necesidad de determinar la ley aplicable

En los apartes anteriores de este escrito hemos señalado las hipótesis en que la ley colombiana permite el pacto de arbitraje internacional, las consecuencias de dicho pacto y las reglas que le son aplicables. Procede entonces determinar a qué pactos de arbitraje se aplica la ley colombiana, lo que implica establecer cual es la ley aplicable al pacto de arbitraje. En efecto, no puede partirse del supuesto de que cualquier pacto de arbitraje que tenga un punto de contacto con Colombia (por ejemplo porque una de las partes es colombiana) debe analizarse a la luz de la Ley 315.

El pacto arbitral es un contrato autónomo e independiente y el análisis relativo al derecho aplicable al acuerdo arbitral no es un ejercicio meramente académico. Por el contrario, tiene consecuencias prácticas muy importantes, particular, aunque no únicamente, en lo que respecta a:

- La determinación de la existencia, validez, eficacia y oponibilidad del acuerdo arbitral que incluye materias tales como:

- La arbitrabilidad objetiva –es decir, si el asunto objeto de litigio es susceptible de ser llevado a arbitraje–. Esta cuestión resulta de gran importancia, puesto que la ley aplicable al pacto arbitral puede señalar que determinados aspectos no son susceptibles de ser resueltos a través de arbitraje. Así, una ley nacional puede disponer que aquellas controversias que se originan en actos administrativos que interpretan, modifican o terminan un contrato estatal, deben ser sometidos a las cortes domésticas³³.
- La patología de la cláusula –es decir, si la cláusula es efectiva y vinculante para las partes–. La cláusula puede resultar nula, ineficaz, inoponible o inaplicable a la luz de la ley la rige.
- La extensión del acuerdo a no signatarios –si es posible vincular al arbitraje a terceros que no firmaron el pacto arbitral–³⁴. Existen varios laudos arbitrales que resultan de controversias en donde el tribunal ha decidido

³³ Así, en Colombia, existe una vieja discusión entorno a la facultad de los árbitros para pronunciarse respecto de la validez de un acto administrativo que modifica, termina, o interpreta un Contrato estatal.

³⁴ Algunos autores, entre ellos JEAN-FRANÇOIS POUURET & SÉBASTIEN BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*, Thomson, Londres, Sweet & Maxwell, 2007, p. 255, optan por un concepto limitado de "Derecho aplicable al pacto arbitral", excluyendo temas como arbitrabilidad, capacidad de las partes, representación y otras cuestiones que no tienen status contractual.

extender los efectos del pacto arbitral a no signatarios³⁵. Por ejemplo, algunos tribunales han considerado que se deben extender los efectos del pacto a terceros –como sería la casa matriz de una de las partes– sobre la base que esos terceros ejercían un control sobre una de las partes; o teniendo en cuenta que si dichos terceros no son vinculados el laudo no es susceptible de ser efectivo³⁶.

- La interpretación de la cláusula arbitral en cuanto a su alcance y extensión, incluyendo las normas supletorias que se aplican al acuerdo en caso de silencio de las partes³⁷. Así, la ley aplicable puede determinar el alcance de la controversia que será sometida a arbitraje o propender por una interpretación a favor del arbitraje, en caso de duda, o considerar que la interpretación debe ser restrictiva en cuanto se trata de una derogatoria de jurisdicción.

En consecuencia, el derecho aplicable al pacto arbitral es una cuestión

fundamental que determina en buena medida el alcance de dicho acuerdo, su validez y efectos frente a las partes.

3.2. Algunos criterios para establecer el derecho aplicable al Pacto Arbitral

Si las partes acuerdan una norma como aplicable específicamente al pacto de arbitraje, será en principio esa norma la que lo rija. Sin embargo no es usual que las partes acuerden un derecho o una norma aplicable al pacto de arbitraje con independencia del derecho o la norma aplicable al contrato respectivo.

El resultado es que la legislación y los jueces han seguido diversas reglas para determinar el derecho aplicable al acuerdo arbitral. Y esa determinación del derecho aplicable puede variar dependiendo de si el análisis correspondiente se hace antes de iniciar el arbitraje –por ejemplo si una de las partes inicia un proceso ante un juez y la otra parte invoca la existencia de un pacto de arbitraje–; o durante el arbitraje mismo, como sería el caso de que una de las partes cuestionara la validez del pacto de arbitraje ante el tribunal arbitral;

³⁵ Sobre la extensión del pacto arbitral a gobiernos no firmantes, ver el Caso CCI No. 9058/ FMS/KGA *Bridas S.a.i.P.I.C., Bridas Energy International, Ltd., Intercontinental Oil & Gas Ventures, Ltd. y Bridas Corporation v. Gobierno de Turkmenistan, Balkanbitygazsenagat y Turkmenneft*. Así mismo ver Hanotiau, Bernard. *Complex Arbitrations*. Kluwer Law. 2004.

³⁶ FRICK, Joachim. *Arbitration and Complex International Contracts*. Kluwer Law International, 2003.

³⁷ Este punto es distinto y no menos importante que el anterior. Como explica PIERO BERNARDINI, "Arbitration Clauses: Achieving Effectiveness in the Law Applicable to the Arbitration Clause", en van den Berg, *supra* nota, p. 198, "[o]nce the parties' intention regarding arbitration is positively established, the same law will also govern the interpretation of the clause in view of determining its precise object, which parties are bound by the clause and whether a particular claim is arbitrable. In other words, even when the validity of the clause is established, the precise limits of the arbitrator's jurisdiction remain to be seen" (énfasis agregado). *Vid.* también, Klaus Peter Berger, *International Economic Arbitration*, Boston, Kluwer, 1993, pp. 175-176.

o en la interposición de un recurso de anulación contra el laudo; o, en fin, al momento de solicitar el reconocimiento y ejecución del laudo.

Como lo explica SILVA ROMERO³⁸, se han planteado varias posibles soluciones para determinar el derecho aplicable al pacto de arbitraje.

La propuesta por la jurisprudencia francesa a partir de la decisión de la Corte de Casación Francesa de 20 de diciembre de 1993 en el caso *Dalico* en la que sostuvo que en virtud de lo que llamó una norma material de derecho internacional del arbitraje, el pacto arbitral es independiente del contrato principal que la contiene, directamente o por referencia, y su existencia y eficacia se deben analizar de acuerdo con la voluntad común de las partes, sin que sea para ello necesario referirse a una ley estatal, siempre y cuando no se presente una violación de normas de orden público o del orden público internacional³⁹.

Una segunda solución aparece en la ley suiza de derecho internacional privado de 1987, que sujeta el acuerdo de arbitraje, en cuanto a la forma, a que conste por escrito, siguiendo en esto la tendencia universal consagrada, entre otros, en

la Ley Modelo y en la Convención de Nueva York. En cuanto al fondo, señala que el acuerdo de arbitraje es válido si responde a las condiciones requeridas por el derecho elegido por las partes, a falta de este, por el derecho que rija el objeto del litigio y particularmente por el derecho aplicable al contrato principal, y, en ausencia de los anteriores, por el derecho suizo.

Otras legislaciones nacionales, como la sueca, aplican la misma regla establecida en el Artículo V (1) (a) de la Convención de Nueva York⁴⁰. En efecto, la Sección 48 de la Ley de Arbitraje Sueca de 1999 dispone que en aquellos casos en los que el acuerdo arbitral tenga una conexión de orden internacional, el mismo estará regido por la ley que hayan acordado las partes. En el evento que las partes no hayan establecido el derecho aplicable, el acuerdo arbitral será regido por el derecho del país en el que, en virtud del acuerdo arbitral, el procedimiento arbitral haya tenido lugar o haya de tener lugar⁴¹.

Sin embargo, reglas expresas de este tipo son más bien la excepción, y la cuestión de ordinario queda sujeta a las normas generales de conflicto de leyes y en

³⁸ SILVA ROMERO, Eduardo. "Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano". En: *Revista de Derecho Privado*. No. 28. Ediciones Uniandes, septiembre 2002, pp. 19 a 22.

³⁹ La referencia a normas de orden público o al orden público internacional se hace con carácter restrictivo y no como extensivo a las normas simplemente imperativas o de orden público interno.

⁴⁰ Según VAN DEN BERG, *supra* nota, p. 69, este sería también el caso de Alemania: "The German courts have held that the conflict rules provided in Art. V(1)(a) of the Convention should be applied by analogy".

⁴¹ Énfasis agregado. Disponible en http://www.chamber.se/arbitration/english/laws/skiljedomslagen_eng2.html (última visita, 24 de diciembre de 2007).

no pocas ocasiones a las reglas específicas de conflicto de la *lex fori*⁴². Como explican Gaillard & Savage, “la aplicación de las reglas de conflicto de leyes es el método más antiguo para determinar el derecho aplicable al acuerdo arbitral, y además, es el método más comúnmente utilizado a nivel comparado”⁴³. Es de notar que incluso países que ordenan la aplicación al pacto arbitral del derecho de la sede del arbitraje deben todavía recurrir a las normas de conflicto cuando las partes no estipularon una sede y cuando no resulte posible conocer con anticipación el lugar del arbitraje.

Como es frecuente en el mundo del derecho internacional privado, la determinación de la norma aplicable al acuerdo arbitral exige caracterizar al mismo como un asunto de forma o de fondo. Si bien originalmente existió una tendencia a ver el acuerdo arbitral

como una cuestión procesal, dicha perspectiva está hoy cuestionada y la visión contractual ha terminado por prevalecer casi completamente⁴⁴. Como explica el *Restatement (Second) of Conflicts of Laws* en Estados Unidos, “los acuerdos arbitrales son un tipo de contratos. Las reglas de elección de leyes que se aplican a los contratos en general también deben aplicarse a los acuerdos arbitrales”⁴⁵.

Los sistemas de conflicto de leyes modernos suelen proponer la solución con base en los distintos factores de conexión que se consideran relevantes en la situación específica bajo consideración. En este punto hay que tener en cuenta que los factores de conexión del pacto arbitral son diferentes a los de los contratos en general. En el caso del acuerdo arbitral, tales factores de conexión incluyen, entre otros, la sede del arbitraje, el

⁴² Vid. Julian D.M. LEW, “The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause”, en van den Berg (Ed.), *supra* nota, p. 136 (“[G]enerally, the practice of national courts relies on conflicts of law rules to determine the applicable law. This is because conflict rules are part of the *lex fori* which regulates the activities and procedures in the national court”). Debe incluirse en este grupo aquellos países que han adoptado la Ley Modelo CNUDMI. Ello por cuanto el Artículo 8 deja la cuestión abierta, en los mismos términos en que lo hace el Artículo II(3) de la Convención de Nueva York. La referencia al Derecho de la sede en los Artículos 34(2)(a)(i) y 36(1)(a)(i) lo es únicamente respecto a los procedimientos de anulación y de reconocimiento y ejecución, respectivamente. Aunque de acuerdo al comentario de Howard M. Holtzmann & Joseph E. Neuhaus, *A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration: Legislative History and Commentary*, Kluwer, Boston, 1989, pp. 302-303, la regla debiera ser la misma a la de los artículos 34(2)(a)(i) y 36(1)(a)(i) de la Ley Modelo: “In addition, the scope of the court’s inquiry into the validity of the arbitration agreement is the same under Article II(3) of the New York Convention: the court may decline to refer the parties to arbitration only if it finds that the agreement is ‘null and void, inoperative or incapable of being performed.’ . . . Although the Model Law does not specify what law governs the validity of the agreement for this purpose, Articles 34(2)(a)(i) and 36(1)(a)(i) specify that, for the purposes of setting aside, recognition and enforcement of an award, the law of the place where the award was made— i.e., the law of the place of arbitration—governs validity unless another law has been chosen by the parties. It would be anomalous to apply a different law at the stage of reference to arbitration”.

⁴³ GAILLARD & SAVAGE, *supra* nota, p. 218.

⁴⁴ *Id.*, pp. 220-222.

⁴⁵ *Restatement*, §218, comment “a”.

derecho aplicable al contrato, el derecho aplicable al procedimiento, el lugar donde se concluyó el acuerdo arbitral⁴⁶, y otros factores específicos, tales como el carácter eminentemente nacional o local de la institución arbitral elegida por las partes⁴⁷.

En este punto, la principal diferencia entre los sistemas que no han adoptado una solución legislativa como la suiza o la sueca, ni han seguido la tesis francesa, parece radicar en el mayor peso específico que se otorga, respectivamente, a la sede y al derecho aplicable al contrato. En algunos casos la sede tiende a primar sobre los demás factores. En palabras de GAILLARD & SAVAGE, “[c]uando las partes no han escogido el derecho aplicable al arbitraje, la sede del arbitraje se considera indudablemente el factor de mayor significación en la determinación

del derecho aplicable”⁴⁸. Como señala BLESSING, el método “que prevalece en el Continente recurre a las normas sustantivas aplicables en la sede del arbitraje”⁴⁹. Cabe notar, sin embargo, que en los casos en que no han sido las partes quienes han seleccionado el lugar del arbitraje, el mayor peso específico de la sede es frecuentemente puesto en duda⁵⁰.

Por su parte, los ingleses –y los estadounidenses en alguna medida–, otorgan un gran valor a la *lex contractus* cuando la misma ha sido determinada por las partes⁵¹. Como explica Lew, “[cuando las partes han escogido un derecho aplicable al contrato principal] existe una tendencia muy marcada en el sentido que la elección del derecho [en el contrato] también resulta aplicable al acuerdo arbitral, a menos que haya una disposición en sentido contrario”⁵².

⁴⁶ Actualmente, este factor en particular tiene muy poca relevancia. *Vid.* GAILLARD & SAVAGE, *supra* nota, p. 224.

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Id.*, p. 225. *Vid.* también, BERNARDINI, *supra* nota, 201 (“the law of the seat is the one having the closest connection with such an agreement [arbitration agreement]”).

⁴⁹ *Vid.* BLESSING, *supra* nota, p. 32. Aunque, de acuerdo a POUDET & BESSON, p. 261, tanto en Alemania, Bélgica como en Italia los tribunales han extendido el Derecho del contrato elegido por las partes al acuerdo arbitral.

⁵⁰ *Vid.* Chukwumerije, *supra* nota, p. 38, quien considera que en tales casos no debe recurrirse al Derecho de la sede: “Under this test [the close connection test], in the absence of an express choice, the arbitration agreement would be governed by the law most closely related to the arbitration agreement. In this regard, the law of the place of the arbitration would be viewed as being closely connected to the arbitration agreement only in cases where the parties themselves selected the place of arbitration. In cases where the place of arbitration is not selected by the parties, or where the place of arbitration has not even been selected before the issue of the applicable law arises, reference should be made to other connecting factors”.

⁵¹ *Vid.* por ejemplo, *International Tank and Pipe S.A.K. v. Kuwait Aviation Fuelling Co.*, [1975] Q.B. 224, y *Union of India v. McDonnell Douglas Corp.*, [1993] 2 Lloyd’s Rep. 49.

⁵² Lew, p. 107 n. 29 aclara que “[t]hat is the prevailing view in England”. *Vid.* también, REDFERN & HUNTER, *supra* nota, 125 (“Since the arbitration clause is only one of many clauses in a contract, it would seem reasonable to assume that the law chosen by the parties to govern the contract will also govern the arbitration clause. If the parties expressly choose a particular law to govern their agreement, why would some other law - which the parties have not chose - be applied to one of the clauses in the agreement, simply because it happens to be the arbitration clause?”).

Sólo en el caso que las partes no hayan escogido el derecho aplicable al contrato, la sede puede determinar la decisión⁵³.

3.3. Los pactos de arbitraje a los que aplicaría la Ley 315

En el caso colombiano se presentan dos dificultades particulares. De una parte, no tiene Colombia un estatuto moderno

de derecho internacional privado. Las disposiciones en materia de conflicto de leyes están básicamente contenidas en las viejas disposiciones del Código Civil –artículos 19, 20 y 21⁵⁴– redactados con carácter unilateral y un lenguaje propio de la época de su expedición –hace más de 100 años– y en el artículo 869 del Código de Comercio. De otra parte, la Ley 315 recoge apenas, como ya lo señalamos, un

⁵³ *Vid. Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) v. Ferrell International Limited*, [2002] 1 All E.R. (Comm) 627, para. 32: “Consistently with that principle, although such clauses do normally have the same proper law as that of the substantive contract to which they relate, this is not necessarily so. . . In each case the proper law of the arbitration agreement is to be determined according to the general principles for ascertaining the proper law of a contract: there can be an express choice of law or the choice can be implied by reference to that body of law with which the arbitration agreement has its closest and most real connection. Where the substantive contract contains an express choice of law, but the agreement to arbitrate contains no separate express choice of law, the latter agreement will normally be governed by the body of law expressly chosen to govern the substantive contract. Where, however, there is no such express choice of law in either the substantive agreement or the arbitration agreement, but the venue of the arbitration is identified, it will normally, but not invariably, be concluded that the arbitration agreement and the substantive contract are both governed by the law of that place”. *Vid. también, Lew, supra nota*, p. 107.

⁵⁴ Disponen los mencionados artículos: Código Civil: Artículo 19: “Los colombianos residentes o domiciliados en país extranjero, permanecerán sujetos a las disposiciones de este Código y demás leyes nacionales que reglan los derechos y obligaciones civiles:

1o) En lo relativo al estado de las personas y su capacidad para efectuar ciertos actos que hayan de tener efecto en alguno de los territorios administrados por el gobierno general, o en asuntos de la competencia de la Unión.

2o) En las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia, pero sólo respecto de sus cónyuges y parientes en los casos indicados en el inciso anterior.”

Código Civil, artículo 20: “Los bienes situados en los territorios, y aquéllos que se encuentren en los Estados, en cuya propiedad tenga interés o derecho la Nación, están sujetos a las disposiciones de este Código, aun cuando sus dueños sean extranjeros y residan fuera de Colombia.

Esta disposición se entenderá sin perjuicio de las estipulaciones contenidas en los contratos celebrados válidamente en país extraño.

Pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión”.

Código Civil, artículo 21: “La forma de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en que hayan sido otorgados. Su autenticidad se probará según las reglas establecidas en el código judicial de la unión.

La forma se refiere a las solemnidades externas, a <sic> la autenticidad, al hecho de haber sido realmente otorgados y autorizados por las personas y de la manera que en tales instrumentos se exprese”.

Código de Comercio, artículo 869: La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana.

par de artículos de la Ley Modelo y poca o ninguna luz da sobre el tema de la ley aplicable al pacto de arbitraje.

Sin embargo, a partir de las disposiciones existentes y tomando las experiencias que hemos citado de otros sistemas jurídicos, podrían enunciarse algunas reglas básicas –sin pretender incluir todas las posibles hipótesis– para determinar en qué eventos sería aplicable la Ley 315 a un pacto de arbitraje internacional o, por decirlo de otra manera, en qué casos la validez y efectividad del pacto de arbitraje internacional tendría que analizarse a la luz de la Ley 315.

En primer lugar, cuando las partes así lo hubieren pactado. Si las partes acuerdan una determinada ley –en este caso la Ley 315– como aplicable específicamente al acuerdo de arbitraje –lo cual, como señalamos, no es muy frecuente– se debe respetar ese acuerdo de voluntades, a menos que el respectivo acuerdo viole normas de orden público o viole el orden público internacional.

En segundo lugar, cuando no exista un acuerdo de las partes sobre la ley aplicable específicamente al pacto de arbitraje, pero el contrato que contiene el pacto arbitral esté regido por la ley colombiana. En este evento estimamos que siendo el pacto de arbitraje una parte del contrato principal, tendría en principio que aplicarse a dicho pacto de arbitraje la normatividad acordada por las partes para el contrato del que hace parte el pacto arbitral, y no un derecho diferente al que las partes acordaron para todo el contrato. Si las partes señalan, por ejemplo, que “el contrato se regirá íntegramente por el

derecho colombiano”, todas sus cláusulas, incluyendo la que se refiere al pacto de arbitraje, estarían regidas por esa misma normatividad acordada por las partes y el pacto arbitral tendría que analizarse a la luz de la normatividad colombiana y especialmente la Ley 315.

También habría que analizar el pacto de arbitraje bajo la óptica de la Ley 315, cuando de la aplicación de la regla de conflicto correspondiente resulte aplicable el derecho colombiano, y ni el contrato ni el pacto arbitral tengan un pacto de norma aplicable, pero se haya pactado arbitraje internacional. En este evento, si el derecho colombiano resulta aplicable al contrato –y por extensión al pacto arbitral– habría que aplicar entonces también el derecho colombiano, incluyendo la Ley 315, para analizar el pacto de arbitraje.

De la misma manera, y es tal vez el caso más frecuente en la práctica colombiana, habría que hacer el análisis del pacto arbitral aplicando la Ley 315 cuando la norma de conflicto correspondiente remite al derecho colombiano, pero se pacta un derecho o una normatividad diferente a la colombiana como aplicables al fondo del contrato, amparándose en la inclusión de un pacto de arbitraje internacional, el cual a su vez se sustenta en la existencia de la presencia de uno de los supuestos de la Ley 315. En otros términos, los eventos en que el pacto de aplicar al contrato una normatividad diferente a la colombiana está sustentado exclusivamente en haberse incluido un pacto de arbitraje internacional que está fundamentado en la existencia de alguno de los supuestos del artículo 1 de

la Ley 315. Sería el caso, por ejemplo, de un contrato comercial que se ejecuta íntegramente en Colombia –que bajo la disposición del artículo 868 del Código de Comercio estaría sujeto a la ley colombiana– pero las partes acuerdan la aplicación de una norma diferente (que podrían ser las leyes nacionales de otro estado) por el hecho de que una de las partes tiene su domicilio fuera de Colombia. Teniendo en cuenta que es la Ley 315 –y el pacto de arbitraje internacional celebrado a la luz de la misma– la que sirve de fundamento al pacto de ley aplicable, habría que analizar el pacto a la luz de la citada norma legal.

La Ley 315 podría también aplicarse al pacto de arbitraje cuando la sede del arbitraje esté ubicada en Colombia si se sigue el artículo V de la Convención de Nueva York, ratificada por Colombia y que por lo tanto hace parte del derecho nacional. Esta hipótesis, sin embargo, hay que analizarla con cautela. En primer lugar, porque el mero hecho de fijar a Colombia como sede de un arbitraje internacional no implica la aplicación automática de la *lex arbitri* colombiana. En el pacto de arbitraje prevalece la voluntad de las partes en cuanto al derecho aplicable salvo, como se ha señalado, los casos de violación de normas de orden público o del orden público internacional. Si las partes pactaron como ley aplicable al contrato una ley diferente de la colombiana y esa ley cobija igualmente el pacto arbitral, sería ella la que aplicaría a dicho pacto a pesar de que el arbitraje tuviere su sede en Colombia, con las excepciones antes mencionadas. Y en segundo lugar, porque aún en

ausencia de un pacto de ley aplicable al pacto arbitral y al contrato, podrían existir factores de conexión del pacto arbitral que podrían llevar a la aplicación de una ley diferente a la colombiana (por ejemplo, el pactar unas determinadas reglas o normas para el arbitraje que impliquen la aplicación de una normatividad diferente a la colombiana).

En síntesis, la determinación de si un pacto de arbitraje debe analizarse a la luz de la Ley 315 o, lo que es lo mismo, la determinación de si la Ley 315 es aplicable a un determinado pacto de arbitraje internacional, requiere de un análisis desde el punto de vista del derecho internacional privado, desde el punto de vista de las posibles normas aplicables al pacto, teniendo en cuenta como factor primordial el respeto a la voluntad expresa o implícita de las partes que es la piedra angular del arbitraje.

4. CONCLUSIONES

La normatividad colombiana en materia de arbitraje internacional es escasa y son pocos los pronunciamientos de las cortes en la materia. La ley de arbitraje internacional contiene, en dos artículos, las hipótesis en que se puede pactar arbitraje internacional y los efectos de dicho pacto, con variaciones importantes –y en ocasiones confusas o innecesarias– respecto a la Ley Modelo.

Las anteriores circunstancias, sumadas a la falta de un estatuto de derecho internacional privado moderno, dificultan el desarrollo de unas reglas claras en materia de las disposiciones aplicables al pacto de arbitraje internacional y los

casos en que dicho pacto está sujeto a la ley nacional.

La determinación de la aplicabilidad de la Ley 315 a los pactos de arbitraje debe partir del análisis de la ley aplicable al pacto de arbitraje, lo que implica tener en cuenta la voluntad de las partes, expresa o implícita, como aspecto cardinal del pacto arbitral –que es un contrato, un acuerdo de voluntades– y en ausencia de tal voluntad, los factores específicos de conexión del pacto arbitral, ordinariamente diferentes de los del contrato en el cual está incluido, aplicando para el efecto las pocas normas existentes en materia de arbitraje internacional, las convenciones internacionales y la viejas normas de conflicto de la legislación colombiana.

Colombia requeriría de la adopción de un estatuto de derecho internacional privado moderno que esté acorde con las necesidades del comercio internacional, y de una normatividad para el arbitraje

internacional que adopte la Ley Modelo en forma integral. Los proyectos de ley hasta ahora presentados al Congreso nacional han buscado reformar tanto el arbitraje nacional como el internacional y las vicisitudes y discusiones –a veces bizantinas– acerca del arbitraje nacional han retrasado y dificultado la adopción de un estatuto de arbitraje internacional moderno. Tal vez sería el momento de separar, como se hizo en el caso chileno, los temas y adoptar de una vez por todas la Ley Modelo para el arbitraje internacional –para lo cual no parece haber mayor resistencia– dejando la discusión sobre el arbitraje doméstico para una etapa posterior. Mientras tanto solo cabe esperar que los jueces colombianos, como lo han hecho los franceses, sean capaces de desarrollar una jurisprudencia claramente favorable al arbitraje internacional, incluyendo la interpretación de los pactos de arbitraje, con las escasas herramientas de que disponen.

ECUADOR

RENUNCIA AL ARBITRAJE PREVISTO EN UN TRATADO: EL CASO ECUATORIANO

XAVIER ANDRADE CADENA (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *La renuncia en teoría. Convergencias de intereses personales, estatales e internacionales.* 2.1. *La persona como sujeto de derecho internacional.* 2.1.1. *Teoría de los derechos directos* 2.1.2. *Teoría de los derechos derivados.* 2.1.3. *Las teorías aplicadas al objeto de esta investigación.* 2.2. *Los límites de la autonomía de la voluntad en el derecho y orden público internacionales.* 2.2.1. *Propuesta de test.* 3. *La renuncia. En la práctica. Una posición en evolución.* 3.1. *Jurisdicción alternativa o exclusiva.* 3.2. *Preeminencia de la autonomía de la voluntad.* 4. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el Estado ecuatoriano ha adoptado medidas destinadas a alejarse de la práctica del arbitraje, particularmente del originado en tratados bilaterales de inversión. La intención del gobierno de turno ha sido particularmente tratar de *blindar* al país ante las demandas de inversionistas extranjeros¹.

Con esta finalidad en mente, el gobierno ecuatoriano, en diciembre de 2007, notificó al CIADI que de conformidad con el artículo 25(4) del Convenio del CIADI no “consentirá en someter a [su] jurisdicción las diferencias que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros”². Adicionalmente indicó que:

(*) Abogado y Doctor en Jurisprudencia, Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE). Master en Derecho, McGill University. Profesor de Arbitraje Internacional, PUCE. Socio, Andrade Veloz & Asociados.

¹ La posición del gobierno ecuatoriano ha sido ampliamente cubierta por la prensa local. Consúltense, por ejemplo, los diarios *El Comercio* y *El Universo*.

² Notificación de Ecuador al CIADI del 4 de diciembre de 2007, <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/ViewNewsReleases.jsp>.

“Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa a la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha”³.

Posteriormente, en octubre de 2008, Ecuador promulgó su nueva Constitución⁴ en la que, al tiempo de ratificar la validez de sistema arbitral⁵, se limitó la posibilidad de que el Estado pueda pactar nuevos tratados internacionales en los que se prevea que las disputas contractuales o comerciales entre el Estado y personas privadas se sometan a instancias de arbitraje internacional, salvo que estas instancias sean “regionales”⁶.

El descontento del gobierno frente al sistema CIADI⁷ llevó a que, en julio de 2009, Ecuador denuncie el Convenio del CIADI, convirtiéndose después de Bolivia en el segundo país en separarse del tratado.

Adicionalmente, dado que la mayoría de arbitrajes que enfrenta el Ecuador se originan en tratados bilaterales de inversión (TBIs) suscritos con países exportadores de capital, el gobierno solicitó a la Asamblea Nacional su autorización para poder terminarlos anticipadamente⁸.

Por último, en vista de que las medidas anotadas no tienen el efecto inmediato de *blindaje* perseguido, el gobierno, en ocasiones, ha optado por un camino más efectivo: acordar con el inversionista que las disputas sean

³ *Ibíd.* Sobre los efectos de esta notificación, véase a MONTAÑÉS, Marco Tulio y ANDRADE CADENA, Xavier. “Introductory Note to Ecuador’s Notice under ICSID Article 25(4)”. En: *International Legal Materials*, Volumen 47. Washington D.C.: American Society of International Law, 2008, pp. 154-161.

⁴ Sobre el arbitraje en la nueva Constitución, véase a ANDRADE CADENA, Xavier. “Breves reflexiones sobre el arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana”. En: *Revista de Arbitragem e Mediação*. São Paulo: Ed. Revista Dos Tribunais, 2009, pp. 351-366.

⁵ Artículo 190° de la Constitución: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir”.

⁶ Artículo 422° de la Constitución: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”.

⁷ Véanse notas de prensa al respecto. Por ejemplo: http://www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=190521&anio=2009&mes=8&dia=3. http://www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=185948&anio=2009&mes=7&dia=3.

⁸ A la presente fecha, la Corte Constitucional ha declarado inconstitucionales algunas disposiciones de varios TBIs, lo cual permitiría a la Asamblea Nacional autorizar la denuncia de varios tratados.

resueltas en un foro distinto al previsto en un tratado, renunciando a someterlas a tal instancia.

A manera de ejemplo –y también como elemento de análisis de este trabajo–, transcribimos una estipulación de un contrato suscrito, no hace mucho, entre el Ecuador y un inversionista español en la que las partes, luego de seleccionar un foro arbitral local para resolver disputas, dejaron en claro que:

“El arbitraje realizado de conformidad con esta Cláusula será el *único y exclusivo foro competente para la resolución de las controversias*. Por lo tanto, *las Partes renuncian* a la jurisdicción ordinaria y no podrán alegar en su defensa incompetencia del Tribunal de Arbitraje ni inmunidad soberana, *ni sujeción a jurisdicciones distintas previstas en acuerdos de protección recíprocas de inversiones u otros instrumentos celebrados por la República del Ecuador* o cualquier otra excepción semejante que cuestione la competencia exclusiva y excluyente del Tribunal de Arbitraje, *en cualquier procedimiento de solución de las controversias*, con las excepciones previstas en este Contrato.

[...]

Las Partes renuncian a los mecanismos de solución de controversias constantes en los convenios suscritos por el Gobierno de la República del Ecuador relacionados con la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, respecto de cualquier tema relacionado, originado o vinculado con la ejecución,

terminación o efectos del presente Contrato”⁹.

Más recientemente, en el contexto de la renegociación de contratos que el gobierno lleva a cabo con varias empresas petroleras, el régimen propuso un proyecto de Contrato de Prestación de Servicios cuya cláusula de solución de disputas, a más de prever instancias de conciliación y arbitraje administradas por la Corte Permanente de Arbitraje, señala:

“Elección y renuncia.- El arbitraje previsto en la presente cláusula valdrá como elección de la vía para la resolución de las desavenencias derivadas del presente Contrato o que guarden relación con el mismo de conformidad con lo previsto en cualquier Tratado sobre Promoción y Protección de Inversiones que pudiera ser invocado por la Contratista.

Las Partes renuncian expresamente a resolver las desavenencias derivadas del presente Contrato o que guarden relación con el mismo mediante arbitraje de conformidad con el Mecanismo creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (CIADI)”¹⁰.

Renuncias como las indicadas son novedosas en el derecho internacional, sobre todo porque la capacidad de un inversionista de renunciar a un derecho plasmado en un tratado internacional, que no ha sido acordado por él sino por su Estado, podría ser cuestionable.

⁹ Énfasis del autor. Contrato de Concesión de servicios de telecomunicaciones suscrito entre la Secretaría Nacional de Telecomunicaciones del Ecuador y la compañía Otecel S.A., filial de la española Telefónica, el 20 de noviembre de 2008, Cláusulas 68(6)(c) y 72(3).

¹⁰ Este proyecto de contrato ha circulado ampliamente dentro de la comunidad jurídica y de negocios ecuatoriana. A la fecha de este trabajo, no se conoce su versión final.

Este trabajo trata de tomar una posición ante dicha interrogante, para lo cual, en una primera y teórica parte, se analiza la doctrina y jurisprudencia relativa a los derechos previstos en un tratado y la facultad que tendrían los particulares de renunciarlos (Sección 2). La segunda parte mira la hipótesis desde la práctica, específicamente, para dilucidar cómo los tribunales arbitrales aplican (o se espera que apliquen) la teoría estudiada (Sección 3).

2. LA RENUNCIA EN TEORÍA. CONVERGENCIA DE INTERESES PERSONALES, ESTATALES E INTERNACIONALES

2.1. La Persona como Sujeto de Derecho Internacional

No cabe duda de que la teoría clásica del derecho internacional, según la cual únicamente los Estados eran sujetos de derecho internacional, ha evolucionado. En la actualidad, las personas, lejos de ser consideradas objetos, son reconocidos sujetos con capacidad de goce y ejercicio de derechos y obligaciones emanados del derecho internacional.

Esta realidad es más evidente en unas áreas que en otras. Por ejemplo, en el ámbito de los derechos humanos, la posibilidad de que una persona ejerza derechos individuales previstos en instrumentos internacionales, es innegable. Así, por

ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 son frecuentemente enunciadas por particulares para reclamar violaciones a derechos humanos.

En el área del arbitraje de inversión sucede algo parecido. Se observa recurrentemente que los inversionistas exigen a los Estados receptores de sus inversiones el cumplimiento de las garantías previstas en un tratado.

Cabe preguntarse, entonces, dentro del contexto de las renunciaciones objeto de esta investigación, si los particulares inversionistas son titulares de los derechos cuyo cumplimiento reclaman al Estado receptor. La respuesta no es evidente, pues estos derechos no hay sido pactados por ellos sino por los Estados de los cuales son nacionales.

La cuestión puede analizarse, al menos, desde la perspectiva de dos escuelas de pensamiento: la teoría de los derechos directos y la teoría de los derechos derivados¹¹.

2.1.1. Teoría de los derechos directos

Esta teoría es, de cierta manera, inusual dentro del derecho internacional clásico porque propone que algunos tratados otorgan derechos a particulares y no sólo a entes públicos. La Corte Internacional de Justicia acogió esta doctrina en el caso *LaGrand* en el que, a

¹¹ Sobre estas escuelas véase, por ejemplo, a DOUGLAS, Zachary. "The Hybrid Foundations of Investment Treaty Arbitration". En: *British Yearbook of International Law*, No. 74. Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 151-290; McLACHLAN, Campbell; SHORE, Laurence y WEINIGER, Matthew. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 60-65.

propósito de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963, sostuvo:

“[...] Habida cuenta del tenor de estas disposiciones, la Corte concluye que el párrafo 1 del artículo 36 crea derechos individuales que, en virtud del artículo primero del protocolo de suscripción facultativa, pueden ser invocados ante la Corte por el Estado de la nacionalidad del detenido. En este caso, estos derechos han sido violados”¹².

Concomitantemente, los tratados internacionales también pueden crear obligaciones para los particulares. Por ejemplo, es claro que la Convención para la Prevención y Castigo del Delito de Genocidio o la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar imponen obligaciones a las personas.

2.1.2. Teoría de los derechos derivados

Esta teoría se forma a partir de la figura de la protección diplomática,

según la cual un Estado es responsable de los daños que sus acciones u omisiones causen a los nacionales de otro Estado. El Estado del nacional afectado puede, en aplicación de esta institución, reclamar una reparación al Estado infractor como si se tratase de sus propios derechos. La anterior Corte Permanente de Justicia Internacional en el caso *Movrommatis* sostuvo lo siguiente:

“[...] Al asumir el caso de uno de sus nacionales y acudir a la acción diplomática o a procedimientos judiciales internacionales en su nombre, el Estado en realidad se encuentra haciendo valer sus propios derechos –sus derechos de asegurar, en la persona de sus nacionales, el respeto a las normas del derecho internacional”¹³.

Dicha teoría se encuentra cada vez más en desuso¹⁴, particularmente porque los particulares no pueden obligar a sus Estados a protegerlos. La intervención estatal es siempre discrecional, como observó la Corte Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction*:

¹² Énfasis del autor. *LaGrand*, Alemania vs. Estados Unidos de América, arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 466, par. 77. Traducción del autor de su versión original: “[...] *Compte tenu du libellé de ces dispositions, la Cour conclut que le paragraphe 1 de l'article 36 crée des droits individuels qui, en vertu de l'article premier du protocole de signature facultative, peuvent être invoqués devant la Cour par l'Etat dont la personne détenue a la nationalité. En l'espèce, ces droits ont été violés*”.

¹³ *The Movrommatis Palestine Concessions*, Grecia vs. Reino Unido, Collection of Judgments, Serie A, No. 2, p. 12. Traducción del autor de su versión original: “[...] *By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State in reality is asserting its own rights –its rights to ensure, in the person of its subjects, respect for the rules of international law*”.

¹⁴ Entre estas razones, podemos señalar: (a) el inversor debe agotar previamente los recursos disponibles en el país anfitrión; (b) la decisión del Estado del inversor de presentar un reclamo a otro Estado es discrecional y sujeta a varias consideraciones, algunas ajenas a los intereses directos del particular; (c) un Estado puede dejar de ejercer la protección diplomática en cualquier momento; y (d) los daños y perjuicios reclamados son aquellos evaluados por el Estado en virtud de un incumplimiento alegado y no por el particular. Sobre este tema, véase, por ejemplo, a HOFFMANN, Anne. “The Investor’s Right to Waive Access to Protection under A Bilateral Investment Treaty”. En: *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Vol. 22(1). Washington D.C., 2007, pp. 42-44.

“[...] dentro de los límites fijados por el derecho internacional, un Estado puede ejercer su protección diplomática mediante los medios y medidas que éste considere apropiados, ya que está haciendo valer sus propios derechos. Si las personas naturales o jurídicas a nombre de quien el Estado actúa consideran que sus derechos no se encuentran suficientemente protegidos, ellas no tienen ningún recurso en el derecho internacional [...] El Estado debe ser considerado como el único juez para decidir si proveerá esta protección, en qué medida y hasta cuando lo hará. Él posee en ese respecto un poder discrecional cuyo ejercicio puede depender de consideraciones, especialmente políticas, extrañas al caso en cuestión”¹⁵.

En el dominio del arbitraje internacional, la teoría de los derechos derivados fue adoptada en el caso *Lowen* administrado bajo las reglas del T.l.c.AN. El tribunal, luego de mencionar que el arbitraje comercial internacional (regulado primordialmente por el derecho internacional privado) y el arbitraje T.l.c.AN (regulado por el derecho internacional público) “no tienen nada en común”, acotó que “no existe justificación para transferir normas derivadas del derecho privado

al campo del derecho internacional, bajo las cuales los demandantes, por conveniencia, podrían ejercer derechos que pertenecen originalmente a los Estados contratantes”¹⁶.

2.1.3. Las teorías aplicadas al objeto de esta investigación

La novedad de la materia, sumada a la cautela de los académicos, hicieron difícil, hasta hace poco, encontrar luces sobre la aplicabilidad de estas teorías a los derechos de los inversionistas previstos en tratados de inversión.

De hecho, el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, adoptado por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas en el año 2001, no acoge ninguna de las teorías. El artículo 33° del dicho Proyecto determina que “[l]as obligaciones del Estado responsable [...] pueden existir con relación a otro Estado, a varios Estados o a la comunidad internacional en su conjunto [...] *sin perjuicio de cualquier derecho que la responsabilidad*

¹⁵ *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, Bélgica vs. España, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3, par. 78-79. Traducción del autor de su versión original: “La Cour rappelle que, dans les limites fixées par le droit international, un Etat peut exercer sa protection diplomatique par les moyens et dans la mesure qu’il juge appropriés, car c’est son droit propre qu’il fait valoir. Si les personnes physiques ou morales pour le compte de qui il agit estiment que leurs droits ne sont pas suffisamment protégés, elles demeurent sans recours en droit international [...] L’Etat doit être considéré comme seul maître de décider s’il accordera sa protection, dans quelle mesure il le fera et quand il y mettra fin. Il possède à cet égard un pouvoir discrétionnaire dont l’exercice peut dépendre de considérations, d’ordre politique notamment, étrangères au cas d’espèce”.

¹⁶ *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen vs. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo del 26 de junio de 2003, par 233. Traducción del autor de su versión original: “There is no warrant for transferring rules derived from private law into a field of international law where claimants are permitted for convenience to enforce what are in origin the rights of Party states”.

*internacional del Estado pueda generar directamente en beneficio de una persona o de una entidad distinta de un Estado*¹⁷.

JAMES CRAWFORD, *rapporteur* especial de la CDI, haciendo referencia a los tratados bilaterales de inversión, comenta que el Proyecto no refleja una posición sobre si los derechos emanados de tales tratados pertenecen a los inversionistas o a los Estados:

“[...] lo que denota claramente el Artículo 33 es que las obligaciones secundarias derivadas de un incumplimiento pueden deberse directamente al beneficiario de la obligación, en este caso el inversionista, quien, al iniciar un proceso arbitral de conformidad con el tratado, actúa efectivamente en la situación como un titular secundario de los derechos. Por lo tanto, una nueva relación legal –si no existía antes– se ha creado directamente entre el inversionista y el Estado responsable. En consecuencia, un tratado bilateral de inversión, a cierto nivel, desagrega los intereses legales agrupados bajo la fórmula *Movrommatis*”¹⁸.

A pesar de lo anterior, y desde luego sin subestimar lo novedoso y complejo del tema, podemos adelantar que las cortes y tribunales arbitrales empiezan

a inclinarse por la teoría de los derechos directos.

Por ejemplo, en el campo del arbitraje CIADI, el tribunal del caso *Gas Natural vs. Argentina* señaló que:

“El sistema del Convenio del CIADI y de los tratados bilaterales de inversión consiste en que, en las referidas circunstancias, *el inversor extranjero adquiere derechos en el marco del Convenio y del tratado*, incluyendo, en especial, la legitimación para promover un arbitraje internacional”¹⁹.

Lo anterior tiene sentido, pues parece claro que las normas del Convenio del CIADI crean un sistema que permite, tanto a los Estados contratantes como a sus nacionales, iniciar procedimientos arbitrales para resolver sus disputas de inversión²⁰. BROCHES, conocido arquitecto del Convenio, lo explica de siguiente manera:

“Desde el punto de vista legal, la característica más sorprendente del Convenio es que establece firmemente la capacidad de un individuo o de una corporación de proceder directamente en contra de un Estado en un foro internacional, contribuyendo, de esta manera, al creciente reconocimiento de las personas como sujetos de derecho internacional”²¹.

¹⁷ Énfasis del autor.

¹⁸ CRAWFORD, James. “The ILC’s Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongfull Acts: A Retrospect”. En: *American Journal of International Law*. 96 Am. J. Int’l L. 874. Washington D.C.: American Society of International Law, 2002, p. 888.

¹⁹ Énfasis del autor. *Gas Natural SDG, S.A. vs. República de Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/10, Decisión sobre Jurisdicción, 17 de junio de 2005, par. 34.

²⁰ El artículo 36º del Convenio del CIADI establece que “[c]ualquier Estado Contratante o nacional de un Estado Contratante [puede] incoar un procedimiento de arbitraje [...]”.

²¹ BROCHES, Aron. “The Convention The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States”. En: *Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*. La Haya: Kluwer, 1995, p. 198. Traducción del autor de su versión original: “[f]rom a legal point of view the most striking feature of the Convention is that it firmly establishes the capacity of a private individual or a

El sistema CIADI, de hecho, considera que el ejercicio de derechos derivados es incompatible con el Convenio. Si un inversionista ha demandado directamente al Estado receptor de su inversión, sin la intermediación de su propio Estado, éste está prohibido de brindarle protección diplomática. El artículo 27º del Convenio de CIADI señala:

“Ningún Estado Contratante concederá protección diplomática ni promoverá reclamación internacional respecto de cualquier diferencia que uno de sus nacionales y otro Estado Contratante hayan consentido en someter o hayan sometido a arbitraje conforme a este Convenio, salvo que este último Estado Contratante no haya acatado el laudo dictado en tal diferencia o haya dejado de cumplirlo”²².

Las cortes también han empezado a endosar la teoría de los derechos directos.

Por ejemplo, la Corte de Apelación inglesa en el caso *Occidental vs. Ecuador* señaló:

“El hecho de que los tratados puedan bajo el derecho internacional moderno otorgar derechos directos a favor de particulares es algo bien establecido, particularmente cuando el tratado prevé un mecanismo de resolución de conflictos que puede ser operado por tales particulares que actúan a nombre propio y sin la intervención o siquiera el consentimiento de su Estado”²³.

Esta Corte, citando a ZACHARY DOUGLAS, además sostuvo que “la presunción fundamental en el régimen de los tratados de inversión es que claramente el inversionista presenta una acción basado en la defensa de sus propios derechos y no los de su Estado”²⁴.

corporation to proceed directly against a State in an international forum, thus contributing to the growing recognition of the individual as a subject of international law”.

²² El Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio, en su párrafo 33, ahonda sobre esta prohibición: “Cuando un Estado receptor consiente en someter al Centro la diferencia con un inversionista, otorgando así al inversionista acceso directo a una jurisdicción de carácter internacional, dicho inversionista no debe quedar en posición de pedir a su Estado que respalde su caso ni se debe permitir a éste que lo haga. En consecuencia, el Artículo 27º prohíbe expresamente al Estado Contratante dar protección diplomática [...]”.

Esta incompatibilidad fue corroborada por el tribunal del caso *Enron vs. Argentina*, que consideró que “precisamente el mérito del Convenio CIADI es que ha superado las deficiencias de la protección diplomática en el que el inversionista estaba sujeto a cualquier determinación política o legal que su Estado podría hacer respecto a su reclamo”. Traducción del autor de su versión original: “*This is precisely the merit of the ICSID Convention in that it overcame the deficiencies of diplomatic protection where the investor was subject to whatever political or legal determination the State of nationality would make in respect of its claim*”. *Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/3, Decisión sobre Jurisdicción, 14 de enero de 2004, par. 48.

²³ *Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador*, Decisión del 9 de septiembre de 2005, [2005] EWCA Civ 1116, par. 19. Traducción del autor de su versión original: “*That treaties may in modern international law give rise to direct rights in favor of individuals is well established, particularly where the treaty provides a dispute resolution mechanism capable of being operated by such individuals acting on their own behalf and without their national state's involvement or even consent*”.

²⁴ *Ibíd.*, par. 20. Traducción del autor de su versión original: “*The fundamental assumption underlying the investment treaty regime is clearly that the investor is bringing a cause of action based upon the vindication of its own rights rather than those of its national State*”.

Así las cosas, parecería que adoptar la teoría de los derechos directos en el denominado derecho de inversión facilitaría notablemente la tarea de un inversionista que desee renunciar a su derecho a acudir a los foros arbitrales previstos en un tratado. Esto no ocurriría, por el contrario, bajo la teoría de los derechos derivados, pues es notorio que una persona no podría renunciar a algo que no posee.

Pese a lo dicho, el hecho de que una persona sea titular de derechos y obligaciones emanados del derecho internacional no significa necesariamente que ella pueda, por esta sola razón, renunciar a tales derechos y obligaciones, pues, como se comenta a continuación, el mismo derecho internacional o el orden público internacional podrían limitar tal facultad.

2.2. Los Límites de la Autonomía de la Voluntad en el Derecho y Orden Público Internacionales

La facultad de una persona de ejercer o dejar de ejercer (por ejemplo, mediante renuncia) un derecho proclamado por el derecho internacional, podría encontrar su límite natural en el mismo derecho

internacional o en el orden público internacional. Consiguientemente, no podemos aseverar que una persona por ser titular de un derecho tenga la facultad automática de renunciar a ejercerlo²⁵.

Así, por ejemplo, resultaría insensato sostener que un individuo, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, pueda renunciar a su derecho a la libertad, pues éste es de tal importancia para el derecho y orden público internacionales que su existencia y ejercicio no puede depender de su voluntad. En este sentido se manifestó la Corte Europea de Derechos Humanos²⁶ en el caso *De Wilde, Ooms y Versyp vs. Bélgica*:

“[...] el derecho a la libertad es demasiado importante para una ‘sociedad democrática’, dentro del significado de la Convención [Europea de Derechos Humanos], como para que una persona pierda el beneficio de la protección de la Convención por la sola razón de que ella renuncie a no ser detenida. Una detención podría violar el artículo 5, inclusive si la persona en cuestión la ha aceptado. Cuando el asunto es de aquellos que conciernen al orden público dentro del Consejo de Europa, es necesario que los órganos de la Convención realicen una supervisión cuidadosa de todas las medidas que pudieran violar los derechos y libertades que ésta garantiza”²⁷.

²⁵ Para una clara exposición sobre los diversos intereses que confluyen en estas renunciaciones, véase a SPIERMANN, Ole, “Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties”. En: *Arbitration International*. Vol. 20. Kluwer Law International, 2004, pp. 179-211.

²⁶ Sobre la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, véase a SPIERMANN, Ole, “Individual Rights, State Interests and the Power to Waive ICSID Jurisdiction under Bilateral Investment Treaties”. En: *Arbitration International*. Vol. 20. Kluwer Law International, 2004, pp. 186.

²⁷ *De Wilde, Ooms y Versyp (“Vagrancy”) vs. Bélgica*, Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión sobre el fondo del 18 de junio de 1971, ECHR, Serie A No. 12, par. 65. Traducción

Empero, la Corte Europea de Derechos Humanos, haciendo referencia al caso citado, también sostuvo que si bien “la naturaleza de ciertos derechos protegidos por la Convención es de tal [importancia] que excluye la posibilidad de renunciar a ejercerlos, no se puede decir lo mismo de otros derechos”²⁸. Esto dependería del “texto” y del “espíritu”²⁹ de las normas que protegen los derechos que se pretenden renunciar. Parecería, además, según la jurisprudencia europea, que es más factible renunciar a derechos procesales³⁰ que a sustantivos. En todo evento, la mencionada Corte ha señalado que cualquier renuncia, “siempre que sea permitida, debe realizarse de manera inequívoca”³¹ y a condición de que ello “no se oponga a ningún interés público importante”³².

2.2.1. Propuesta de test

La jurisprudencia anotada, pese a que pertenece al ámbito de los derechos humanos –cuyos estándares por obvias razones son altos–, bien podría ser utilizada como *test* para nuestra investigación. Este aventurado ejercicio nos lleva a las siguientes consideraciones:

- a) El derecho internacional no prohíbe las renunciaciones

No sin antes advertir sobre el carácter limitado de esta investigación, debemos mencionar que no se han encontrado normas positivas del derecho internacional que restrinjan la facultad de un inversionista de renunciar a sus derechos.

del autor de su versión original: “[...] *the right to liberty is too important in a ‘democratic society’ within the meaning of the Convention for a person to lose the benefit of the protection of the Convention for the single reason that he gives himself up to be taken into detention. Detention might violate Article 5 (art. 5) even although the person concerned might have agreed to it. When the matter is one which concerns ordre public within the Council of Europe, a scrupulous supervision by the organs of the Convention of all measures capable of violating the rights and freedoms which it guarantees is necessary in every case.*”

²⁸ *Albert and Le Compte vs. Bélgica*, Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión sobre el fondo del 10 de febrero de 1983, ECHR Serie A No. 58, par. 35. Traducción del autor.

²⁹ *Ibidem*. Véase también *Håkansson y Stureson vs. Suecia*, Decisión sobre el fondo del 21 de febrero de 1990, ECHR Serie A No. 171-A, par. 66.

³⁰ Véanse, por ejemplo, los casos *Albert and Le Compte vs. Bélgica*, Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión sobre el fondo del 10 de febrero de 1983, ECHR Serie A No. 58, par. 35; *Barberá, Messegue y Jabardo vs. España*, Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión sobre el fondo del 6 de diciembre de 1988, ECHR Serie A No. 146, par. 82; y *Håkansson y Stureson vs. Suecia*, *Ibidem*.

³¹ *Barberá, Messegue y Jabardo vs. España*, *Ibidem*. Traducción del autor de su original: “*According to the Court’s established case-law, waiver of the exercise of a right guaranteed by the Convention - in so far as it is permissible - must be established in an unequivocal manner*”; véase también *Albert and Le Compte vs. Bélgica*, Corte Europea de Derechos Humanos, Decisión sobre el fondo del 10 de febrero de 1983, ECHR Serie A No. 58, par. 35, y *Håkansson y Stureson vs. Suecia*, Decisión sobre el fondo del 21 de febrero de 1990, ECHR Serie A No. 171-A, par. 66.

³² *Håkansson y Stureson vs. Suecia*, *Ibidem*. Traducción del autor de su original: “[...] *a waiver must be made in an unequivocal manner and must not run counter to any important public interest.*”

En el caso concreto, la renuncia transcrita en la Introducción de este trabajo (contrato con un inversionista español), parecería no violentar el *texto* o *espíritu* del instrumento aplicable.

El tratado bilateral de inversiones suscrito entre Ecuador y España no contiene una norma que prohíba la renuncia de los derechos del inversionista a recurrir a los foros de resolución de disputas previstos en el tratado, a saber: a un tribunal ad-hoc conformado de acuerdo al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI o a la jurisdicción del CIADI, a su elección³³. Asimismo, parecería difícil sostener que algún método de interpretación del derecho pueda llevar a concluir que el *espíritu* del tratado lo prohíba.

De hecho, el carácter discrecional de la decisión del inversionista reforzaría la idea de que, si éste puede escoger entre las mencionadas dos alternativas, nada le impediría no optar por ninguna de ellas. En otras palabras, el tratado en cuestión no compele al inversionista ni a demandar al Estado ni, si llega a hacerlo, a escoger obligatoriamente entre una de estas alternativas si existe de por medio un acuerdo de las partes de someter sus disputas a otro foro. En este punto, es importante no perder de vista el carácter consensual del arbitraje.

Por lo anterior, se podría corroborar, al menos en este caso, que una renuncia de derechos no infringe el derecho internacional. Hacemos eco de lo decidido en el caso ad-hoc *Eureko vs. Polonia*:

“El Tribunal nota que la renuncia incondicional contenida en el artículo 1 de la primera adenda, en lo que respecta a los reclamos bajo el TBI, es efectiva y se encuentra en conformidad con el derecho internacional que reconoce que una parte puede renunciar a ciertos derechos protegidos internacionalmente”³⁴.

b) No es claro si el orden público limita la renuncia de derechos

Como ha mencionado la Corte Europea de Derechos Humanos, una renuncia de derechos no podría oponerse a “ningún interés público importante”³⁵.

Entonces, el análisis que la lógica manda hacer no es simple: determinar si el derecho del inversionista a acudir a los mecanismos de resolución de disputas de un tratado es de tal importancia que su renuncia debería prohibirse por razones de orden público.

La empresa es compleja porque, para empezar, es conocido que no existe una visión uniforme sobre el concepto, alcance y hasta la existencia misma del denominado orden público internacional (o transnacional). Al no

³³ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, 26 de junio de 1996, Artículo XI.

³⁴ Énfasis del autor. *Eureko B.V. vs. Polonia*, Laudo parcial del 19 de agosto de 2005, par. 174. Traducción del autor de su versión original: “The Tribunal notes that the unconditional waiver contained in Article 1 of the First Addendum as regards BIT claims is effective and in accordance with international law which recognizes that a party may waive certain rights entitled to international protection”.

³⁵ Véase *supra* nota 32.

existir normas claras sobre la aplicación de este parámetro del *test*, al menos en el derecho de inversión, el resultado sería siempre subjetivo.

Tal evaluación, que amerita un estudio profundo sobre la naturaleza de los derechos previstos en los tratados bilaterales de inversión *vis-à-vis* la noción orden público internacional, escapa al alcance de este trabajo. Sin embargo, podemos advertir que la posición de los tribunales, al menos dentro del sistema CIADI, no es unánime.

Por ejemplo, en el caso *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas* el tribunal, haciendo referencia al caso *LaGrand* antes mencionado, sostuvo:

“Es dudoso, por decir lo menos, que un particular pueda mediante un contrato renunciar a derechos o dispensar el cumplimiento de obligaciones impuestas sobre los Estados que son parte de tratados bajo el derecho internacional. Pese a que dentro del derecho internacional moderno los tratados pueden conferir derechos sustantivos y procesales a los individuos, normalmente lo hacen con la finalidad de alcanzar algún interés público”³⁶.

Sin embargo, como se observará en la Sección 3 de este trabajo, otros

tribunales CIADI parecen no encontrar impedimentos de este tipo.

- c) La renuncia no puede limitar el derecho de una persona a acudir a un tribunal independiente e imparcial

Parece innecesario extenderse en explicar que el derecho de un inversionista a reclamar sus derechos ante un foro previsto en un tratado no reviste la misma importancia de un derecho como el de la libertad analizado por la Corte Europea de Derechos Humanos. Sin embargo, se debe tomar en cuenta que una renuncia, aunque sea voluntaria —como normalmente es—, no podría resultar en una violación al derecho de las personas a reclamar sus derechos “con justicia” ante “un tribunal independiente e imparcial”³⁷.

En el caso que nos ocupa, las estipulaciones contractuales citadas, a más de contener una renuncia de derechos, prevén la selección de un foro arbitral; acuerdos de los cuales, al menos *a priori*, difícilmente se podría decir que violentan el derecho a recurrir a un tribunal independiente e imparcial. El carácter consensual de la renuncia fortalece esta afirmación, pues se entiende que las partes han seleccionado un foro

³⁶ Énfasis del autor. *SGS Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004, par. 154. Traducción del autor de su original: “It is, to say the least, doubtful that a private party can by contract waive rights or dispense with the performance of obligations imposed on the States parties to those treaties under international law. Although under modern international law, treaties may confer rights, substantive and procedural, on individuals, they will normally do so in order to achieve some public interest”.

³⁷ Artículo 10º de la Declaración Universal de Derechos Humanos. En el mismo sentido, el Artículo 8(1) de la Convención Americana de Derechos Humanos dispone: “Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, [...] para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter”.

que consideran apropiado para resolver sus disputas.

- d) Las renunciaciones deben ser inequívocas

La jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos, que considera que una renuncia de derechos debe ser inequívoca, es consistente con lo decidido por tribunales CIADI. Por ejemplo, en el caso *Waste Management vs. México*, el tribunal, a más de hacer una interesante acotación sobre el efecto jurídico de una renuncia, puntualiza las formalidades para su validez:

“El acto de renuncia, de por sí, es un acto unilateral, ya que su efecto extintivo se ocasiona únicamente por su voluntad. La exigencia de una renuncia en cualquier contexto implica una dejación voluntaria de derechos en cuanto que, en términos generales, este acto produce una sustancial modificación en la situación jurídica preexistente: la pérdida o extinción del derecho. Por lo tanto, renunciar supone el ejercicio de la facultad de disposición de su titular para dar lugar a ese efecto jurídico.

En todo caso, cualquier renuncia debe ser *clara, explícita y terminante*, sin que sea lícita deducirla de expresiones de dudoso significado”³⁸.

Las estipulaciones contractuales en estudio parecerían ser lo suficientemente claras, explícitas y terminantes, al contener la voluntad inequívoca de las partes de renunciar a los mecanismos de solución de controversias constantes en los respectivos TBIs.

3. LA RENUNCIA EN LA PRÁCTICA. UNA POSICIÓN EN EVOLUCIÓN

Varios tribunales arbitrales han tratado indirectamente la materia de esta investigación, sin que hayan adoptado posiciones integrales. De hecho, hay tribunales que han adelantado su opinión advirtiendo que no estaban obligados a hacerlo³⁹. Esta actitud podría tener, en parte, una explicación, pues los tribunales aún no se han enfrentado a casos de renunciaciones expresas como las analizadas en este trabajo; más bien, en la mayoría de ocasiones, han examinado renunciaciones inferidas por la existencia de cláusulas de selección de foro.

A pesar de esta incertidumbre, existen en las decisiones arbitrales al menos dos criterios que quisiéramos resaltar: la diferenciación entre jurisdicción exclusiva o alternativa y la preeminencia de la autonomía de la voluntad.

3.1. Jurisdicción Alternativa o Exclusiva

Cuando un contrato contiene una cláusula por la que las disputas se someten a un foro distinto al previsto en un tratado, es necesario preguntarse si ello representa la selección de una jurisdicción exclusiva, como única opción para resolver las disputas entre el inversionista y el Estado anfitrión, o si, por el contrario, representa una opción adicional a los medios pac-

³⁸ Énfasis del autor. *Waste Management, Inc. vs. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB/98/2, Laudo del 2 de junio de 2000, par. 18.

³⁹ Ver *infra* nota 51.

tados en el tratado, de entre los cuales se puede escoger libremente.

En el caso *Lanco International Inc. vs. Argentina*, el tribunal arbitral sostuvo que una cláusula que remitía las disputas de un contrato a la jurisdicción de los Tribunales Contencioso Administrativos Federales de Argentina, no podía considerarse como un reemplazo al consentimiento que el Estado anfitrión había otorgado a la jurisdicción del CIADI en el tratado. “Tal estipulación, por el contrario, sólo diluye la presunción de exclusividad del arbitraje CIADI”⁴⁰, lo cual, al parecer del tribunal, se encontraría en conformidad con el artículo 26° del Convenio de Washington⁴¹ que deja abierta la posibilidad de que la jurisdicción del CIADI no sea exclusiva.

Por otra parte, los tribunales también han evaluado si el foro seleccionado en un contrato, estaría de todas maneras disponible en ausencia del convenio

arbitral, como normalmente ocurre con la jurisdicción de las cortes locales, o si, por el contrario, la opción nace de la voluntad de las partes.

Los tribunales de *Lanco* y *Salini vs. Marruecos* consideraron que una cláusula que remite una disputa a las cortes del Estado anfitrión, mismas que de no existir el convenio arbitral igual tendrían, por ley (mas no por contrato), jurisdicción sobre la diferencia, no puede considerarse como una verdadera selección de jurisdicción bajo el principio de la autonomía de la voluntad⁴². Éste no sería el caso, a criterio del tribunal de *Lanco*, si el foro seleccionado fuese arbitral⁴³.

Sin embargo, esta posición fue posteriormente rebatida por el tribunal del caso *SGS vs. Filipinas*, que consideró que un acuerdo debe siempre ser respetado, salvo que exista otra norma contraria que prevalezca, sin importar si se otorga

⁴⁰ *Lanco International Inc. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/6, Decisión preliminar sobre jurisdicción del 8 de diciembre de 1998, 40 ILM 457, 2001, (en adelante “*Lanco*”), par. 38. Traducción del autor de su original: “[...] the allegation by the Argentine Republic cannot be sustained, considering that the stipulation to the contrary, if it exists, does not replace any consent, but instead dilutes the presumption as to the exclusivity of ICSID arbitration[...].”

⁴¹ Artículo 26° del Convenio de Washington: “Salvo estipulación en contrario, el consentimiento de las partes al procedimiento de arbitraje conforme a este Convenio se considerará como consentimiento a dicho arbitraje con exclusión de cualquier otro recurso”. Énfasis del autor.

⁴² *Lanco*, par. 26: “This Tribunal understands that the [contractual] stipulation (...), according to which the parties shall submit to the jurisdiction of the Federal Contentious-Administrative Tribunals of the City of Buenos Aires, cannot be considered a previously agreed dispute-settlement procedure. The Parties could have foreseen submission to domestic or international arbitration, but the choice of a national forum could only lead to the jurisdiction of the (...) tribunals, since administrative jurisdiction cannot be selected by mutual agreement [...] [T]he contentious-administrative jurisdiction cannot be selected or waived [...]”. El tribunal de *Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.A. vs. Marruecos*, por su parte, sostuvo que: “As the jurisdiction of the administrative courts cannot be opted for, the consent to ICSID arbitration jurisdiction (...) shall prevail over the consent of Article 52 of the CCAG, since this Article cannot be taken to be a clause truly extending the scope of jurisdiction and covered by the principle of the Parties’ autonomy”. Caso CIADI No. ARB/00/4, Decisión sobre jurisdicción del 23 de julio de 2001, 42 ILM 609, 2003, par. 27.

⁴³ *Ibid.*

jurisdicción a cortes ordinarias o a un tribunal arbitral⁴⁴.

Con la llegada de este caso la discusión tomó otro rumbo. El tribunal se planteó la interrogante desde otra perspectiva: ¿Puede un inversionista acudir a una instancia arbitral pactada en un tratado no obstante la existencia de una cláusula contractual que prevé un foro distinto –al menos para reclamos contractuales?

La respuesta del tribunal fue negativa porque (i) en virtud del principio *maxim generalia specialibus non derogant*, una cláusula específica de un contrato debe prevalecer sobre una general de un tratado; es decir, “no se presume que tal estipulación general tenga por efecto

invalidar las estipulaciones específicas de contratos particulares que han sido negociados libremente por las partes”⁴⁵; y (ii) “los acuerdos de protección de inversiones, como tratados marco, no tienen la intención de superponerse o reemplazar a los acuerdos existentes y negociados entre un Estado y un inversionista, sino de complementarlos y darles soporte”⁴⁶.

La visión del tribunal de *SGS vs. Filipinas* fue, a su vez, de cierta manera refutada por otros tribunales como el del caso *Siemens vs. Argentina* que consideró que tanto las alternativas de resolución de conflictos de un tratado como las de un contrato podrían subsistir, sin ser exclusivas⁴⁷. Este pensamiento coincide

⁴⁴ *Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Decisión sobre jurisdicción del 29 de enero de 2004, par. 138: “In accordance with general principle, courts or tribunals should respect such a stipulation in proceedings between those parties, unless they are bound ab exterior, i.e., by some other law, not to do so. Moreover it should not matter whether the contractually-agreed forum is a municipal court [...] or domestic arbitration (...) or some other form of arbitration, e.g., pursuant to the UNCITRAL or ICC Rules”.

⁴⁵ *Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas*, *Ibíd*, par. 141. Traducción del autor de su versión original: “It is not presumed that such a general provision has the effect of overriding specific provisions of particular contracts, freely negotiated between the parties. Este criterio no está exento de críticas, pues, para otros, el acuerdo arbitral basado en un tratado es más específico que uno contractual: “The Tribunal’s reasoning ignores the fact that the dispute settlement clause in the BIT is merely a standing offer to investors. By accepting that offer an investor perfects a specific arbitration agreement...It follows that the ICSID arbitration agreement is the more specific one”. SCHREUER, Christoph. “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration”. En: *The Law and the Practice of International Courts and Tribunals*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2005, p. 10.

⁴⁶ *Ibíd*. Traducción del autor de su versión original: “[...] an investment protection agreement as a framework treaty, [is] intended by the State parties to support and supplement, not to override or replace, the actually negotiated investment arrangements made between the investor and the host State”. Véase también el par. 153: “The Tribunal cannot accept that standard BIT jurisdiction clauses automatically override the bidding selection of a forum by the parties to determine their contract claims”.

⁴⁷ *Siemens A.G. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Decisión sobre jurisdicción del 3 de agosto de 2004, par. 181. Este punto de vista es compartido por SCHREUER quien propone que “[a] better approach might be to abandon the idea of mutually exclusive competences. The jurisdictions of international tribunals and of domestic courts do not necessarily ‘override’ or ‘replace’ one another”. SCHREUER, Christoph. “Calvo’s Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration”. En: *The Law and the Practice of International Courts and Tribunals*. Leiden: Koninklijke Brill NV, 2005, p. 11.

con el del árbitro (parcialmente) disidente en el caso *SGS vs. Filipinas*, quien además señaló que, en estos casos, el actor tiene el derecho de seleccionar entre los foros alternativos⁴⁸. Se debe advertir, empero, que estos razonamientos están ligados a los que han sustentado la conocida dicotomía entre reclamos contractuales y reclamos basados en un tratado⁴⁹; tema que no será abordado en este ensayo.

3.2. Preeminencia de la Autonomía de la Voluntad

El principio de la autonomía de la voluntad ha tenido importancia para los tribunales al momento de analizar (al menos indirectamente) la renuncia de derechos.

La primera decisión que amerita ser mencionada es la del tribunal de anulación del caso *Vivendi*, que, al tiempo de sostener que una cláusula de selección de

foro local “no afectaba la jurisdicción del tribunal con respecto a una reclamación basada en las disposiciones del TBI”, afirmó que “[l]a Cláusula (...) del Contrato (...) no pretendía expresamente excluir la jurisdicción de un tribunal internacional que deriva del (...)TBI, y cuando muy menos, una indicación clara de excluir dicha jurisdicción sería necesaria”⁵⁰.

En consecuencia, parecería que si las partes hubieren pactado claramente que la selección de un foro local excluía la jurisdicción del CIADI, el tribunal habría considerado tal voluntad como una renuncia válida.

Posteriormente, en una decisión que hasta el momento es la más concluyente sobre el tema, el tribunal del caso *Aguas del Tunari vs. Bolivia*, haciendo referencia a la opinión de OLE SPIERMANN, sostuvo que:

“[...] si las Partes hubieran acordado claramente la renuncia a la jurisdicción

⁴⁸ “It is my understanding that the most significant advantage which, in practice, is granted by a BIT to foreign investors is, precisely, the right to select, amongst the alternative forums made available by the BIT, the forum that the investor deems the most suitable to him after that the elements of fact or law of the dispute have become clear”. *Société Générale de Surveillance S.A. vs. Filipinas*, Caso CIADI No. ARB/02/6, Declaración suplementaria del árbitro Antonio Crivellaro, 29 de enero de 2004, par 5.

⁴⁹ Por ejemplo, el tribunal del caso *Vivendi* sostuvo que una cláusula que contenía la selección de las cortes de Tucumán como foro exclusivo para resolver disputas no constituía una renuncia del inversor a la opción de arbitraje internacional bajo un tratado porque, *inter alia*, los reclamos presentados por las demandantes no se encontraban fundamentados en un contrato sino en un tratado. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Compagnie Générale des Eaux vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo de 21 de noviembre de 2000, par. 53. Sin embargo, el Comité Ad-hoc de anulación de este caso sostuvo que los reclamos contractuales estarían *prima facie* dentro del alcance del TBI y, por tanto, un tribunal arbitral tendría competencia para decidir también sobre estos reclamos. El Comité también mencionó que “el hecho de que el Contrato... remitía las diferencias contractuales a los tribunales en lo contencioso-administrativo de Tucumán no afectaba la jurisdicción del Tribunal con respecto a una reclamación basada en las disposiciones del TBI”. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal (antes Compagnie Générale des Eaux) vs. Argentina*, Decisión de anulación, 3 de julio de 2002, par. 55 y 98.

⁵⁰ Énfasis añadido. *Ibid.*, par. 76. La versión en inglés de la decisión aclara el lenguaje de esta última frase: “(...) at the very least, a clear indication of an intention to exclude that jurisdiction would be required”.

del CIADI, *esa renuncia sería eficaz*. Dado que parece claro que las partes de un arbitraje CIADI podrían convenir mutuamente en un mecanismo diferente al CIADI para la resolución de sus controversias, *parecería que un inversionista puede también renunciar a su derecho de invocar la jurisdicción del CIADI*⁵¹.

Pese al lenguaje condicional utilizado, la posición del tribunal es evidente. Lamentablemente, a nuestro criterio, su eficacia como precedente se ve mermada por el hecho de que el tribunal, dadas las características de la disputa, no necesitaba llegar a tal conclusión. Tanto es así, que el párrafo citado concluye advirtiendo: “[n]o obstante, el Tribunal no tiene por qué pronunciarse sobre este tema en el caso de autos”.

Por último, el tribunal del caso *Occidental vs. Ecuador*, siguiendo la línea del caso *Aguas del Tunari S.A. vs. Bolivia*, advirtió que “[e]l Tribunal no interpretará una cláusula ambigua como una renuncia implícita a la jurisdicción del CIADI; el silencio, en tal sentido, no es suficiente.” Esta advertencia es pertinente en el presente caso, y este Tribunal la adopta⁵², agregando que:

“Si las partes hubieran tenido la intención de excluir las diferencias

de caducidad del arbitraje del CIADI y conferir competencia exclusiva a los tribunales de lo contencioso administrativo ecuatorianos muy fácilmente podrían haberlo hecho, utilizando un texto similar al que aparece en las disposiciones arriba citadas [...]”⁵³.

Entonces, aparentemente este tribunal también hubiera aceptado como válida una renuncia a la jurisdicción del CIADI si su lenguaje hubiese sido inequívoco⁵⁴.

4. CONCLUSIONES

Se deja expuesta en esta investigación la complejidad del denominado derecho de inversión, donde confluyen y deben acoplarse el derecho internacional público y el privado.

Las nuevas situaciones del comercio internacional y las recurrentes relaciones entre entes privados e instituciones estatales, hacen manifiesta la necesidad de que el derecho internacional se adapte a ellas, conjugando equilibradamente los intereses internacionales, estatales y privados en juego. Para ello, parecería prudente alejarse de la rígida dicotomía entre el derecho internacional público y el privado y admitir la existencia, al menos

⁵¹ Énfasis del autor. *Aguas del Tunari S.A. vs. Bolivia*, Caso CIADI No. ARB/02/3, Decisión sobre jurisdicción del 21 de octubre de 2005, par. 118.

⁵² *Occidental Petroleum Corporation, Occidental Exploration and Production Company vs. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/06/11, Decisión sobre competencia del 9 de septiembre de 2008, Par. 72.

⁵³ *Ibíd.*, par. 81.

⁵⁴ Cabe mencionar que este tribunal, para alcanzar tales conclusiones, se alejó de la línea de otros tribunales que analizaron *in extenso* la naturaleza de los reclamos y el efecto de una cláusula de selección de foro local sobre la jurisdicción de un tribunal CIADI, pues su análisis se circunscribió más bien a interpretar el texto del contrato donde no encontró una renuncia expresa a la jurisdicción del CIADI.

en ciertas áreas, de sistemas híbridos, en evolución.

Pese a la novedad del tema, es decidora la posición de la jurisprudencia y doctrina sobre la capacidad directa que tienen los particulares de ejercer derechos y cumplir obligaciones emanados del derecho internacional. Parecería, de hecho, que lo que expuso Kelsen hacia varias décadas recobra vigencia:

“Es al hombre a quien se dirige las normas del Derecho internacional; es contra el hombre que se dirige la coacción; es a los hombres a los que encomienda el cuidado de crear el orden [...] Existen normas del Derecho internacional que determinan o rigen directamente al individuo”⁵⁵.

Y, precisamente, una manera de hacer uso de esa facultad de disposición, como lo aclaró el tribunal de *Waste Management vs. México*, es extinguir un derecho de manera voluntaria y unilatera, mediante una renuncia, sujeto siempre a los límites del derecho y orden público internacionales.

La renuncia de derechos y la simultánea selección de un foro arbitral local,

pactadas en las disposiciones transcritas en la Introducción, parecerían pasar el *test* basado en la jurisprudencia existente, salvo el filtro del orden público internacional sobre el cual aún son necesarias más claridad y reflexión.

En el ámbito del arbitraje CIADI, existen decisiones que, a pesar no haber abordado (o debido abordar) directamente las renunciaciones en estudio, se inclinan a considerarlas válidas, haciendo uso de la teoría de los derechos directos. Debemos señalar, sin embargo, que éstas aún no conforman un cuerpo sólido y uniforme sobre la materia, por lo que bien podrían ser rebatidas en futuros casos.

En lo personal, creemos que los tribunales deben poner especial atención a la voluntad de las partes en virtud del carácter consensual del arbitraje. De no encontrar normas positivas o razones de orden público internacional suficientes para limitar la facultad de los particulares de disponer de sus derechos, las renunciaciones inequívocas, libremente pactadas y encaminadas a extinguir tales derechos deberían ser respetadas.

⁵⁵ Kelsen, Hans. Curso dictado en la Academia de Derecho Internacional de la Haya. En: *Recueil des Cours*. La Haya: Martinus Nijhoff Publishers, 1932, p. 143.

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL “ARBITRAJE FAST TRACK”

RODRIGO JIJÓN LETORT^(*)

JUAN MANUEL MARCHÁN^(**)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Jurisdicción convencional y modificación de la cláusula compromisoria. 3. Autonomía de la voluntad. 4. La cláusula arbitral. 5. Compromisos especiales: el fast track arbitration. 5.1. Concepto de fast track arbitration. 5.2. Qué es el fast track arbitration. 5.3. Cómo llegar al fast track arbitration. 5.4. Por qué utilizar fast track arbitration. 5.5. Cuándo utilizar fast track arbitration. 6. Experiencia y profesionalismo son necesarios en fast track arbitration. 7. Consideraciones prácticas para el correcto uso del fast track arbitration. 8. Algunos problemas del fast track arbitration. 8.1. Orden público y debido proceso. 8.2. Obligaciones de los tribunales arbitrales. 8.2.1. Obligación de aplicar la diligencia debida. 8.2.2. Obligación impuesta por las partes. 8.3. Tiempo suficiente para la defensa. 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

En la actualidad las controversias que se someten a la resolución de los diversos tribunales arbitrales han ido

creciendo en complejidad, cuantía y partes involucradas, lo que ha hecho que inevitablemente los arbitrajes, especialmente de inversión, duren varios años.

^(*) Socio, Pérez Bustamante & Ponce, Profesor de Derecho Procesal Civil de la Universidad San Francisco de Quito (USFQ), Presidente del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Abogado y Doctor en Jurisprudencia, PUCE, LL.M Tulane University School of Law.

^(**) Asociado, Pérez Bustamante & Ponce. Profesor de Arbitraje Comercial Internacional de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE), Miembro del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, Abogado y Doctor en Jurisprudencia, PUCE, LL.M. y receptor del Parker School Recognition for Achievement in Comparative and International Law, Columbia University School of Law.

Los autores agradecen la colaboración dada por Verónica CHIRIBOGA, Secretaria del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje para la realización de este artículo.

La mayoría de arbitrajes suponen un sustancial intercambio de memoriales, audiencias de jurisdicción y fondo, declaraciones de testigos y expertos, y sustanciales períodos de deliberación de los árbitros, lo que conlleva el paso de un significativo período de tiempo antes de que se dicte el laudo arbitral.

Es en este escenario que el *fast track arbitration* se convierte en una muy valiosa herramienta para que las partes adecuen la sustanciación del proceso arbitral a sus necesidades más urgentes y que así la decisión sea entregada a las partes en un plazo razonable.

El presente artículo tiene como objeto hacer una breve introducción a lo que se conoce en la doctrina como el *fast track arbitration*, y cómo se ha ido convirtiendo en una herramienta para adaptar el desarrollo de los diversos arbitrajes a plazos más cortos y exigiendo a los árbitros a resolver las controversias sometidas a su conocimiento con mayor rapidez.

2. JURISDICCIÓN CONVENCIONAL Y MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

El arbitraje nace de la jurisdicción convencional, es decir del acuerdo de las

partes¹. Debe haber una concurrencia de voluntades para que se abandone la justicia ordinaria y que las partes sometan sus conflictos a un tribunal arbitral. Para esto, el principio fundamental es el de la autonomía de la voluntad de las partes, ya que con el acuerdo entre ellas nace la posibilidad del acuerdo arbitral. La libertad de las partes para elegir el arbitraje como la vía idónea para resolver sus diferencias y conflictos encuentra su fundamento en el principio jurídico de la autonomía de la voluntad².

3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El principio de la autonomía de la voluntad de las partes puede ser considerado como la base del arbitraje, inclusive se lo aprecia como su fuente principal³. Es la voluntad de las partes la que permite utilizar el arbitraje como método alternativo a la solución de conflictos. Además, es el principio rector en la determinación del procedimiento que las partes decidan seguir dentro del proceso arbitral⁴.

Este principio sigue los pasos del Protocolo de Ginebra de 1923, que establece que “el arbitraje, incluida la constitución del tribunal arbitral, se regirá por la voluntad de las partes (...)”⁵, y de la Convención de Nueva York, en virtud de la cual puede denegarse el reconocimien-

¹ SALCEDO VERDUGA, Ernesto. *El Arbitraje. La Justicia Alternativa*. Editorial Distrilib, 2ª ed., p. 18.

² BARRAGÁN, Luis Alfredo. “*El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*”. *Marco legal y jurisprudencial*. La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 204.

³ SALCEDO. Ídem., p. 52.

⁴ CAIVANO Roque J. *Arbitraje. Ad-Hoc*. 2ª ed. Editorial Ad-Hoc S.R.L., p. 82.

⁵ Protocolo de Ginebra de 1923, artículo 2.

to y la ejecución de una sentencia arbitral extranjera si "el procedimiento arbitral no se ha ajustado al acuerdo celebrado entre las partes"⁶.

Es a partir del principio de la autonomía de la voluntad que las partes pueden escoger qué proceso seguir, y por ende, tienen como opción, además del arbitraje tradicional, el *fast track arbitration* el que ofrece un arbitraje con periodos de tiempo más cortos y más adecuado a las necesidades de los litigantes.

Ahora bien, todos los actos voluntarios están sometidos a reglas de derecho, y la autonomía mencionada tiene como límite los principios y normas que están establecidos en la ley y que no pueden ser modificados por las partes⁷.

4. LA CLÁUSULA ARBITRAL

Existen dos tipos básicos de acuerdo entre las partes: el compromiso arbitral y la cláusula compromisoria⁸. El primero es un acuerdo entre las partes para someter el conflicto a arbitraje cuando la controversia ya existe. La segunda es la más común, y normalmente es una cláusula que está integrada al contrato principal existente entre las partes y que contiene el acuerdo de someter a arbitraje

las posibles controversias que se puedan dar en un futuro⁹.

Refiriéndonos a la cláusula, es en ésta donde queda plasmado el consentimiento de las partes para someterse a arbitraje.¹⁰ En términos generales, a la cláusula arbitral se le atribuye el carácter de convención civil¹¹ debido a la naturaleza contractual que tiene. Es por esto que, sustentándose en la autonomía de la voluntad, la cláusula permite establecer que las partes sean quienes elijan el procedimiento a seguir.

5. COMPROMISOS ESPECIALES: EL FAST TRACK ARBITRATION

Dentro de la cláusula arbitral, las partes pueden: (i) pactar plazos específicos para reducir el tiempo para dictar el laudo arbitral y (ii) determinar si someterán la controversia a arbitraje tradicional, o si desean hacerlo, pueden dirimirla a través de compromisos especiales como es el *fast track arbitration*.

5.1. Concepto de *fast track arbitration*

El *fast track arbitration* es un tipo de arbitraje diseñado para ser más rápido,

⁶ Convención de Nueva York, artículo V.1(d)

⁷ REDFERN, Alan y otros. "Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional". Edit. Thomson Aranzadi, 4ª ed., p. 390.

⁸ MARCHAN, Juan Manuel y ANDRADE, Xavier. "El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica". Marco legal y jurisprudencial. La Ley grupo Wolters Kluwer, p. 325.

⁹ BARRAGÁN. Ver pie de página 2.

¹⁰ REDFERN, Alan, ídem, p. 219.

¹¹ CAIVANO, ídem, p. 115.

de tal suerte que la controversia se pueda dirimir en el menor tiempo posible.

De acuerdo con varios autores, como BENJAMIN DAVIS¹², las características generales del proceso de *fast track arbitration* se pueden resumir de la siguiente manera:

“The term fast track arbitration is used to refer to an arbitration which has been commenced on the basis of a specific type of arbitration clause, defining which disputes may be submitted to fast track procedures, and within what time-limits. These potential disputes referred to in a contract are considered by the parties to require, and be capable of, expedited resolution”.

El *fast track arbitration* se refiere a un proceso arbitral acelerado.

Cabe recalcar que no es necesario que el proceso *fast track* esté previamente establecido en la cláusula arbitral, ya que éste puede ser adoptado por las partes con o sin modificación, antes o después de que aparezca la disputa, por medio de una cláusula o acordando usar este mecanismo acelerado de arbitraje a través de un compromiso¹³.

5.2. Qué es el *fast track arbitration*

El arbitraje se ha ido desarrollando mucho en los últimos años, y paralelamente a este desarrollo se han diseñando

diferentes métodos que permiten a los tribunales arbitrales moverse con mayor celeridad.

En la década de los noventa, con la expansión de la utilización de esta forma de resolución de controversias, se produjo entre los usuarios del arbitraje un sentimiento de frustración por el largo tiempo que transcurría entre el inicio del proceso arbitral y la emisión del laudo por parte del tribunal arbitral¹⁴. Los comerciantes que litigaban en tribunales arbitrales consideraban que los costos eran muy altos, y además que el proceso arbitral tomaba demasiado tiempo. Esto ocurre en su mayoría en arbitrajes de inversión donde los árbitros son personas extremadamente ocupadas¹⁵.

Como consecuencia a las críticas expuestas por los mismos usuarios del arbitraje, las instituciones de arbitraje más importantes, especialmente la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, comenzaron a buscar soluciones al problema de la celeridad¹⁶. Es así como aparece el *fast track arbitration* como una solución a los demorados periodos que tomaba el proceso arbitral tradicional.

5.3. Cómo llegar al *fast track arbitration*

Las partes pueden elegir las reglas que se aplicarán en el proceso *fast track* mediante:

¹² DAVIS Benjamin. “International Fast Track Commercial Arbitration”. En: *Comparative law yearbook of international business*, p. 357.

¹³ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. “Arbitraje comercial y de las inversiones”. Edit. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, 1ª ed., p. 201.

¹⁴ REDFERN, Alan, ídem., p. 413.

¹⁵ REDFERN, Alan, ídem.

¹⁶ REDFERN, Alan, ídem., p. 414.

- Cláusula *Taylor made*, confeccionada según los intereses, necesidades y circunstancias de cada caso.
- Reglas institucionales que están previamente establecidas¹⁷.

Algunos comentaristas consideran que las reglas institucionales del proceso *fast track* deben tener un conjunto de reglas especiales, mientras otros creen que procesos suplementarios modelo deben ser propuestos adicionalmente de las reglas arbitrales¹⁸. Ciertos practicantes prefieren crear sus propias cláusulas *fast track* y fijar sus plazos o términos, mientras otros consideran que es demasiado riesgoso fijar fechas límite muy cortas, pues esto podría llegar a arruinar el proceso arbitral¹⁹.

5.4. Por qué utilizar *fast track arbitration*

La celeridad es uno de los beneficios más importantes del arbitraje, es lo que las partes esperan tener dentro de un proceso arbitral y es esto precisamente lo que el *fast track arbitration* ofrece a aquellos que optan por esta alternativa. El *Fast track arbitration* no es aconsejable para

todo tipo de procedimientos arbitrales, sin embargo es imperativo utilizarlo cuando la necesidad de obtener una decisión en el menor tiempo posible es de capital importancia. En definitiva, se busca acelerar el arbitraje reduciendo el tiempo entre la petición de las partes para entrar al proceso arbitral y la emisión del laudo²⁰.

Otra de las razones sobre porque utilizar el *Fast track arbitration* es para reducir considerablemente los costos del arbitraje que en muchos casos no son proporcionales al monto de la controversia en disputa²¹.

De la misma manera es importante señalar que este tipo de arbitraje funciona solamente si las partes tienen un igual compromiso para realizar el proceso de esta manera. Tanto las partes como el Tribunal Arbitral deben estar dispuestos a colaborar de forma apropiada para acortar los plazos.

5.5. Cuándo utilizar *fast track arbitration*

Normalmente, con el consentimiento de las partes se puede utilizar este

¹⁷ Existen reglas de *fast track arbitration* en algunas instituciones tales como la Asociación Americana de Arbitraje (AAA), el Cámara de Comercio Suiza (SCC) y la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM).

¹⁸ D.C. DOWNIE. "Fast Track International Commerce Arbitration: Proposed Institutional Rules", 2(4) p. 473.

¹⁹ DAVIS, Benjamin; LAGACE, Odette; VOLKOVITSCH, Michael. "When Doctrine Meet: Fast Track Arbitration and the ICC Experience", 10(4) p. 69.

²⁰ VON KRAUSE, Christophe. "Tips for Fast Track Arbitration: The Procedural Tools Available". White & Case LLP - Publications, 2009.

²¹ ARIAS David. Fast-track arbitration: An option worth seriously considering, disponible en <http://www.chambersmagazine.co.uk/Article/International-Arbitration-Expert-Opinion-Fast-track-arbitration-An-option-worth-seriously-considering>, último acceso Agosto 25, 2010.

tipo de proceso acelerado en casi todo tipo de disputa. Sobre todo cuando lo que las partes buscan es una solución pronta y que el proceso se dé con celeridad y velocidad²². Sin embargo, no es aconsejable usar arbitraje acelerado cuando el tema del conflicto sea algo demasiado técnico, ya que en esos casos la investigación se debe dar con peritos, la argumentación debe ser extensa y todo acto debe ser motivado. Todas estas consideraciones toman tiempo y no pueden ser resueltas a conciencia si los periodos de tiempo son extremadamente limitados.

Dependiendo de la naturaleza de la disputa, su complejidad y las circunstancias del caso se debe analizar si el *fast track arbitration* es o no apropiado.

6. EXPERIENCIA Y PROFESIONALISMO SON NECESARIOS EN *FAST TRACK ARBITRATION*

La utilización del *fast track arbitration*, por su complejidad, requiere que tanto las partes como los árbitros sean capaces de conducir el procedimiento con profesionalismo y eficiencia, sin por esto sacrificar la importancia de contar con un laudo arbitral justo y en derecho.

No es recomendable arriesgarse a entrar a un arbitraje acelerado si ni las

partes, sus abogados o los árbitros han tenido experiencia previa en este tipo de procesos, sobre todo si el tema del arbitraje es complejo²³.

El *fast track arbitration* no debe ser tomado a la ligera, ya que tiene ciertos riesgos. Algunos de estos riesgos son: (i) la dificultad de encontrar árbitros experimentados y dispuestos a trabajar con periodos de tiempo limitados, (ii) el riesgo de obtener una decisión insatisfactoria debido a la presión al tener poco tiempo, (iii) el riesgo de no poder cumplir con el plazo establecido, etc.²⁴.

Uno de los mayores riesgos existentes con la utilización del proceso *fast track* es que la parte que ha perdido el arbitraje, puede sentir que el tribunal no argumentó lo suficiente sobre un punto importante o que el laudo no está suficientemente motivado. De esta manera se estaría yendo en contra del debido proceso, la parte inclusive puede llegar a argumentar que el tribunal le ha dejado en indefensión al no tomar en cuenta ciertos puntos que eran relevantes para la controversia.

Otro riesgo puede ser la existencia de límites de tiempo demasiado cortos que son impuestos a la parte que se defiende. Puede darse que el plazo sea tan corto que la parte no pueda preparar bien su defensa, y que debido a esto la resolución del tribunal le afecte

²² LEW D M, Julian y otros. "Comparative International Commercial Arbitration". Kluwer Law Internationall. p. 175.

²³ VON KRAUSE, Christophe. "Tips for Fast Track Arbitration: The Procedural Tools Available". White & Case LLP – Publications, 2009.

²⁴ PHILIPPE, Mireze. "Are Specific Fast Track Arbitration Rules Necessary?" en <http://www.arbitralwomen.org/files/publication/0105202718125.PDF>

negativamente, puesto que por lo general el actor tendría suficiente tiempo para preparar su demanda.

7. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS PARA EL CORRECTO USO DEL FAST TRACK ARBITRATION

Las partes que estén dispuestas a utilizar el *fast track arbitration* cuando tengan un conflicto ya existente deben tener en cuenta algunas consideraciones prácticas para evitar encontrarse con dificultades una vez que el proceso ya haya iniciado. Estas consideraciones son las siguientes²⁵:

- a) *La competencia de las partes.*- Cada parte debe asegurarse de que la otra tiene la capacidad de enfrentar un proceso *fast track*. Ambas partes deben tener el mismo compromiso e interés en resolver la controversia de manera acelerada²⁶.
- b) *Ausencia de impedimentos legales.*- Antes de entrar al proceso *fast track*, las partes deben estar legitimadas y deben asegurarse de que la legislación vigente del lugar del arbitraje permita este tipo de arbitraje²⁷.
- c) *Cláusula arbitral debidamente redactada.*- La cláusula arbitral debe ser clara, para evitar confusiones y poder probar que

las partes están sometidas a arbitraje.

- d) *Naturaleza del contrato.*- Las partes deben analizar la naturaleza del contrato y ver si la controversia puede ser resuelta en un proceso acelerado²⁸. En la cláusula deben quedar expuestas qué tipo de controversias pueden ser llevadas a arbitraje.
- e) *Límites de tiempo razonables.*- Es fundamental establecer los límites de tiempo, especificando cuando comienzan y cuando terminan. Es recomendable que las partes establezcan en la misma cláusula arbitral las consecuencias del incumplimiento de la emisión del laudo en el periodo de tiempo acordado, y qué autoridad puede tener el poder de extender dicho periodo²⁹.
Sea cual sea el periodo de tiempo acordado para el arbitraje, el debido proceso permanece como regla fundamental. Para evitar que el laudo sea anulable por quejas de que hubo violación al debido proceso, se recomienda que las partes confirmen que tuvieron suficiente oportunidad de presentar su caso antes de cerrar el proceso arbitral³⁰.
- f) *El marco apropiado.*- Las partes deben estudiar las reglas

²⁵ PHILIPPE. Ídem.

²⁶ DAVIS, Benjamin. "Fast Track Arbitration and Fast-Tracking your Arbitration," 9(4), p. 43.

²⁷ DAVIS y otros. Ver pie de página 13.

²⁸ DAVIS y otros. Ver pie de página 13.

²⁹ DAVIS. Ver pie de página 8

³⁰ SMIT, Hans. "Fast-Track Arbitration," 2(2), p. 138.

arbitrales disponibles y escoger cuales son aptas para usar en un proceso *fast track*, o seleccionar una institución capaz de administrar un *fast track arbitration*³¹.

- g) *Medidas que ahorren tiempo.*- las partes pueden ahorrar tiempo si tienen una cláusula arbitral debidamente redactada y que sea inequívoca, porque de esta manera no pierden tiempo buscando una institución o examinando la competencia de los árbitros³².
- h) *El número de árbitros.*- Si la naturaleza de la disputa lo permite vale la pena analizar si se necesitarán tres árbitros, como es usual, o si se contará solamente con un árbitro³³. A veces en *fast track* se cuenta con solamente un árbitro, ya que toma menos tiempo que una sola persona alcance una decisión, a que lo hagan tres en conjunto.
- i) *Independencia de los árbitros.*- Las partes deben asegurarse de que la independencia de los árbitros no sea dudosa, y si es posible, estar preparados a proponer otro árbitro si la independencia de uno de ellos es cuestionable³⁴.
- j) *Contar con los recursos disponibles.*- Las partes, sus abogados,

los árbitros y hasta la institución donde se dé el arbitraje deben ser capaces de trabajar con el proceso *fast track*. Deben estar concientes y dispuestos a trabajar con periodos de tiempo cortos y deben conocer lo que es un arbitraje acelerado. BENJAMIN DAVIS señala, “*Fast track arbitration may be achievable if the parties are willing to cooperate fully, if the lawyers’ submissions are of a high quality, if the arbitrators are authoritarian without being rigid, and if all the participants comply with the tight schedules*”³⁵.

Se debe tomar las precauciones necesarias para que la cláusula arbitral que lleve al *fast track arbitration* tenga límites de tiempo razonables, con la finalidad de que el arbitraje pueda darse efectivamente. Si se excede en los límites de tiempo y los hace demasiado cortos, sería una cláusula ineficaz.

8. ALGUNOS PROBLEMAS DEL FAST TRACK ARBITRATION

8.1. Orden público y debido proceso

Existen tratadistas, como ALAN REDFERN, que consideran que el árbitro siempre debe tener en consideración el orden público y que éste es una

³¹ NICKLES, Peter J. “Fast-Track Arbitration: Different Perspectives”. 3(2) p. 9

³² PHILLIPE. Ver pie de página 16

³³ PHILLIPE. Ver pie de página 16

³⁴ VON KRAUSE. Ver pie de página 15.

³⁵ DAVIS Benjamin, “Laying Down a Gauntlet: The Thirty-Six Hour Chairman”, 3(1). p. 170.

restricción a la autonomía de la voluntad de las partes. Las partes no pueden otorgar poderes al tribunal que pudieran provocar que el arbitraje se lleve a cabo en forma contraria a las disposiciones del orden público del Estado en donde tiene lugar el arbitraje³⁶. Ciertos principios tales como el debido proceso deben siempre ser tomados en cuenta y jamás ser sacrificados por la voluntad de las partes de tener un arbitraje en tiempos excesivamente cortos.

8.2. Obligaciones de los tribunales arbitrales

8.2.1. *Obligación de aplicar la diligencia debida*

Existen determinadas profesiones, como lo es la abogacía, en las que se presume que el profesional se encuentra obligado a llevar a cabo tareas que son parte de su profesión con la diligencia debida y con el nivel de destreza adecuada.

Parece apropiado esperar que el árbitro actúe siempre con la debida diligencia³⁷, ya que las partes en un proceso arbitral confían al tribunal una tarea muy importante por la que están dispuestos a pagar, es evidente que existe claramente una obligación moral en tal sentido.

8.2.2. *Obligaciones impuestas por las partes*

Si bien es cierto que la autonomía de la voluntad de las partes es esencial para el proceso arbitral, ¿qué sucede cuando el plazo que dieron las partes es demasiado corto y el árbitro sabe que probablemente no alcance a dictar un laudo razonable en ese periodo de tiempo? ¿Es obligación del árbitro cumplir con dicho plazo, sin importar que pueda haber violaciones al debido proceso? Se podría sostener que al trabajar tan rápido, el árbitro no está siendo diligente, afectando así al orden público? Es importante que el árbitro analice detenidamente el caso previo a aceptar su mandato arbitral, ya que en ciertos países como el Ecuador, las razones que justifiquen la excusa de un árbitro son limitadas³⁸.

Una vez aceptado dicho mandato, el árbitro está obligado a cumplir los plazos establecidos por las partes, y si no lo hace, cae en lo que se conoce como *Functus officio*³⁹. Esto no es causal de nulidad del laudo arbitral en la legislación ecuatoriana⁴⁰, pero en otras legislaciones si se ha contemplado que dictar el laudo fuera de plazo es una causal de nulidad⁴¹.

Esto da a entender que el árbitro debe hacer un análisis previo antes de

³⁶ REDFERN y otros. Ver pie de página 11.

³⁷ REDFERN y otros. Ver pie de página 11.

³⁸ Véase MARCHAN, Juan y ANDRADE, Xavier, ídem pp. 335-337.

³⁹ LEW D M, Julian y otros. Ver pie de página 19.

⁴⁰ Véase MARCHAN, Juan y ANDRADE, Xavier, ídem, pp. 340-344.

⁴¹ La Ley de Arbitraje Peruana recientemente adoptada establece en su artículo 63 que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicitada la anulación alegue y pruebe: "g) Que la controversia ha sido decidida fuera del plazo pactado por las partes, previsto en el reglamento arbitral aplicable o establecido por el Tribunal arbitral".

aceptar participar en el proceso arbitral, ya que una vez aceptado el mandato queda obligado a cumplir. “El árbitro debe verificar el compromiso antes de aceptar el nombramiento para asegurarse de que no le impongan obligaciones que excedan el principio de razonabilidad o que sean imposibles de cumplir”⁴².

8.3. Tiempo suficiente para la defensa

Es importante aclarar que al tener un *fast track arbitration* uno de los mayores riesgos es que, al ser un proceso tan rápido, la parte acusada podría no contar con el tiempo suficiente necesario para preparar debidamente su defensa.

En la Constitución de la República del Ecuador encontramos garantías constitucionales referentes al derecho de las personas a la defensa, que siempre deben ser respetadas de acuerdo con el principio de supremacía constitucional.

Así señala el artículo 76 de la Constitución Ecuatoriana:

“Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas:

Numeral 7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: b) Contar con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa”.

Tener el tiempo necesario para preparar la debida defensa es un derecho constitucional y debe ser acatado bajo cualquier circunstancia. Al ser un derecho constitucional está garantizado, y la utilización de procesos demasiado cortos puede llegar a atentar contra este derecho.

9. CONCLUSIONES

- Como señala acertadamente DAVID ARIAS en la actualidad los arbitrajes internacionales se han caracterizado por sus altos costos y por la voluminosa documentación constante en los diversos expedientes, lo que hace que la decisión final de los árbitros tome en el mejor de los casos más de un año.
- Es momento que el arbitraje se reenuncie con sus principios rectores de eficiencia en tiempo y en costos, que son las razones principales por las cuales se acude a este mecanismo alternativo de solución de controversias.
- Instituciones como la Corte Internacional de Arbitraje, a través de su comisión han propuesto a la comunidad arbitral el documento denominado “Techniques for Controlling Time and Costs in Arbitration”⁴³, que dan una serie de sugerencias para que el arbitraje sea más ágil y menos costoso.
- Al redactar la cláusula arbitral debe tenerse mucho cuidado de que por

⁴² REDFERN, Alan y otros. “Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional”. 4ª Edición. p. 352.

⁴³ Véase: http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/TimeCost_E.pdf, último acceso 25 de agosto de 2010.

querer tener una decisión en un tiempo reducido, sacrifiquemos el derecho a la defensa o el tiempo que tendrán los árbitros para dictar una decisión adecuada.

- Sin duda el mecanismo del *fast track arbitration* es el más idóneo y efectivo para tener control del tiempo de duración del proceso y de los costos del arbitraje.

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

DIEGO PÉREZ ORDÓÑEZ (*)

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares. 1.1. El principio general de validez del sistema. 1.2. Sobre el convenio arbitral. 1.3. La escrituralidad. 1.4. Las cuestiones contractuales o no contractuales. 1.5. Indemnizaciones por cuasidelitos. 1.6. Independencia del convenio arbitral. 1.7. Presunciones de convenio arbitral. 1.8. Renuncia al convenio arbitral. 2. El Estado y la cláusula arbitral.

En Ecuador los asuntos relacionados con el convenio arbitral están gobernados por la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante “LAM”) originalmente publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de septiembre de 1997, reformada por ley publicada en el Registro Oficial No. 532 del 25 de febrero del 2005 y finalmente codificada en 2006 (Registro oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006). También es necesario conocer que en materia de arbitraje con el Estado y sus instituciones el convenio arbitral debe ser aprobado por el Procurador General del Estado. Este análisis será materia de la segunda parte del artículo.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Antes de entrar en el tema del convenio arbitral hay que apuntar que la

Constitución ecuatoriana, vigente desde octubre de 2008, reconoce de forma expresa la validez del arbitraje como un medio para la solución de conflictos. Así, el Art. 190 de la nueva carta política manda lo siguiente:

“Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública *procederá el arbitraje en derecho*, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley” (cursiva agregada).

(*) Profesor de Derecho Constitucional de la Universidad San Francisco de Quito. Editor de la revista “Iuris Dictio”. Socio de Pérez Bustamante & Ponce.

Volveremos al tema constitucional más adelante pero, a modo de introducción, es importante conocer que en Ecuador –por constitucionalización del principio– el arbitraje es una forma lícita de resolver conflictos y que sus reglas específicas están normadas por la LAM.

1.1. El principio general de validez del sistema

La LAM –aunque, como vimos, de vigencia anterior a la Constitución de 2008– ha desarrollado el principio de la validez del sistema arbitral del siguiente modo:

“Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos *al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras* para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias” (cursiva agregada).

Creo que es importante destacar tres aspectos de la norma trascrita:

El primero (i) Que la ley ecuatoriana supone que las partes han sometido o pueden someter sus diferencias a arbitraje de mutuo acuerdo. El mutuo acuerdo puede tomar cuerpo en al menos dos formas: por una cláusula o pacto arbitral

en el que las partes expresamente hayan concertado resolver sus diferencias por esta vía, o por medio de tratados o instrumentos internacionales, que también son vehículos del Derecho Internacional Público para someter ciertas controversias a arbitraje. En este aspecto hay que coincidir con REUTER en que en materia de tratados internacionales “Las partes deben manifestar su voluntad ‘expresándola’ (...) Además de expresarse, las voluntades deben concurrir para conformar el objeto y el propósito del acuerdo, los cuales desempeñan un papel prominente en la totalidad del derecho de los tratados”¹. Es decir, de parte de los Estados, los tratados internacionales también son formas de expresar voluntad para someterse a mecanismos arbitrales. En vista de que los Estados representan a la organización jurídica y política de la sociedad, esta expresión de la voluntad se traduce en la soberanía².

El segundo (ii) aspecto a acentuar es el relativo a la materia del arbitraje: debe tratarse de asuntos transigibles, es decir, materia de transacción.

La legislación civil ecuatoriana aplicable a esta materia distingue claramente a la transacción (en forma contractual) de la renuncia de derechos. De acuerdo con el Código Civil (artículo 2348) “Transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente, o precaven un litigio eventual. *No es transacción el acto que*

¹ REUTER, Paul. *Introducción al Derecho de los Tratados*, 2ª ed., México, 2001, p. 48.

² Para un análisis más complejo del tema de la soberanía ver PÉREZ ORDÓÑEZ, Diego, “La Soberanía en Tiempos de Globalización”. En: CORRAL, Fabián y PÉREZ ORDÓÑEZ, Diego. *El Juego de la Democracia*, Quito, Taurus, 2005.

sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa” (cursiva agregada). Como se puede ver la norma señalada diferencia a la transacción –transigir contractualmente para terminar fuera de la esfera judicial un contencioso en curso o impedir un litigio que se espera que exista– de la pura renuncia de derechos que no se disputan. La doctrina ha considerado que el objeto último del contrato de transacción es poner fin a la incertidumbre de las partes por medio de concesiones relacionadas a los derechos controvertidos, y que para ese efecto una de las características de la transacción es el efecto de cosa juzgada para las partes³.

Por otro lado, el artículo 11 del Código Civil permite la renuncia de los derechos de origen legal siempre y cuando no se perjudique a terceras personas y no estén prohibidos de renunciar: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”. En la legislación ecuatoriana los derechos más notablemente prohibidos de renunciar son los derechos de los trabajadores (Art. 326 de la Constitución) y los de los consumidores (artículo 43 #2 y #8 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor). Sin embargo –en materia laboral– se permite expresamente la transacción que no implique renuncia de derechos: “Será válida la transacción

en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente”⁴. Este concepto nos hace ver la diferencia fundamental entre la transigibilidad, es decir la capacidad de acordar libremente para acabar con un pleito o para evitarlo a futuro, con la renuncia o resignación de derechos.

En el caso de la cláusula arbitral la renuncia del derecho a acudir a la justicia ordinaria es de aquellas renunciaciones que DE LA FUENTE llama la renuncia de los derechos adquiridos, “es decir, los que se incorporan plenamente al patrimonio de su titular, después de producido el supuesto de hecho previsto para su adquisición, provengan o no de normas imperativas...de modo que siempre serán válidas las renunciaciones de los derechos adquiridos, salvo que esté interesado el orden público o una norma expresa consagre su irrenunciabilidad (derechos laborales, jubilatorios, etcétera)”⁵. El derecho a las que las partes renuncian será, por tanto, el derecho a que la justicia ordinaria conozca y resuelva sus controversias. En el campo arbitral, en cambio, los derechos que se discutan en el proceso deberán ser transigibles por mandato de la ley.

En el Ecuador se ha presentado discusión respecto de las diferencias entre la transigibilidad de los derechos y su irrenunciabilidad, por ejemplo cuando árbitros o tribunales han zanjado disputas

³ CASTÁN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. T. IV. 9ª ed. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1969, p. 747.

⁴ Constitución ecuatoriana, Art. 326 # 11.

⁵ DE LA FUENTE, Horacio H. *Orden Público*,. Buenos Aires: Astrea, 2003, p. 83.

relacionadas con materia de inquilinato (en vista de que la Ley de Inquilinato prohíbe la renuncia de derechos del inquilino). Frente a una disputa en un contrato de arrendamiento, un árbitro del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, por ejemplo, consideró para dictar un laudo lo siguiente:

“En efecto, renuncia y transacción no son lo mismo. La transacción es definida como un acto bilateral, por el cual las partes, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones litigiosas o precaven litigios futuros. La transacción a diferencia de la renuncia supone concesiones mutuas. Se dice que la transacción no es la renuncia de un derecho sino de una expectativa, de un derecho dudoso” (subrayado en el original).

“El acuerdo voluntario por el cual las controversias derivadas del contrato de inquilinato sean conocidas por un árbitro y no por los jueces de inquilinato no constituye por lo tanto renuncia de ningún derecho y es, por lo tanto, válido”.

El árbitro, naturalmente, deberá respetar las consideraciones de orden público que emanan de esas leyes al momento de expedir el laudo. La competencia de los jueces ordinarios es de orden público, lo que no obsta para que las partes, por expreso mandato constitucional, puedan acudir al arbitraje en asuntos que puedan ser transigibles” (negrilla agregada).

El tercer asunto (iii) que merece la pena comentarse tiene que ver con la temporalidad de la controversia: es posible pactar arbitraje en relación con un contencioso que podría producirse —o que se espera que se produzca— o en relación con una controversia existente, que ya se ha materializado. En el primer caso estamos, justamente, frente al segundo escenario planteado por la norma del Art. 2348 del Código Civil: las partes que deciden de forma libre y voluntaria una cláusula o un convenio arbitral para precaver o evitar un litigio que todavía no se ha producido pero que, de todos modos, podría concretarse. Las partes, pues, han tomado recaudos contractuales y han acordado de acuerdo a su voluntad someterse a un mecanismo de resolución de conflictos en el caso posible de que surja un desacuerdo. En el segundo caso las partes procurarán que un tercero —un árbitro o un panel arbitral— zanje una disputa que ya se ha producido. En ambos casos evidentemente estamos ante convenios: el primero, en el que las partes se han prevenido frente a una posible disputa en el futuro; el segundo, en el que las partes han acordado de forma libre y voluntaria someter un litigio existente a la decisión de una tercera parte no judicial.

1.2. Sobre el convenio arbitral

La LAM también se ha encargado de definir de modo exhaustivo al convenio arbitral, de la siguiente forma:

“Art. 5.- El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias

o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral.

No obstante haber un juicio pendiente ante la justicia ordinaria en materia susceptible de transacción, las partes podrán recurrir al arbitraje, en este caso, conjuntamente solicitarán al Juez competente el archivo de la causa, acompañando a la solicitud una copia del convenio arbitral y, de hallarse pendiente un recurso, deberán, además, desistir de él”.

La conceptualización del convenio arbitral y sus efectos han sido largamente tratados por la doctrina. Inicialmente que

coincidir con ALL en que no es conveniente limitar el análisis del convenio arbitral al estudio de un pacto puramente procesal y accesorio al contrato, y al arbitraje como apenas un sistema privado de equivalencia al poder judicial del Estado, porque esta simplificación podría causar un corto circuito entre las labores de los árbitros y el trabajo de los jueces. Para la profesora el convenio arbitral –como un contrato que obliga a las partes a someterse al arbitraje pactado y a obedecer la decisión de los árbitros– produce dos efectos positivos. El primero, la generación de la obligación de cumplir lo convenido de acuerdo a los fundamentos del derecho de las obligaciones y, segundo, la competencia de los árbitros que derivará en la ulterior expedición del laudo. En lo tocante a los efectos negativos: se niega la competencia a los jueces comunes y a los tribunales estatales cuando el convenio arbitral es válido. Añade que “Dicho de otro modo, el convenio produce para las partes una obligación contractual pura de someterse al juicio de árbitros y de estar y pasar por la decisión que recaiga; a su vez, crea una competencia –de efectos similares a la judicial pero diferente en su origen–, que es la posibilidad de los árbitros de dictar una decisión con efecto vinculante para las partes”⁶.

Sin embargo de lo anterior el tratadista ecuatoriano LARREÁTEGUI, igual que muchos otros doctrinantes anteriores a la expedición de la LAM, distingue el

⁶ ALL, Paula M. “Consideraciones sobre el convenio arbitral en el arbitraje comercial”. En: *DeCita Derecho del Comercio Internacional*. No. 2. Buenos Aires: Zavalía, Noviembre 2004; pp. 30-31.

compromiso arbitral de la cláusula arbitral. Argumenta que “En el compromiso, las partes fijan la materia del juicio arbitral, designan a los árbitros, señalan las normas procesales a que éstos deben ceñir sus actuaciones en el arbitraje de amigable composición, determinan si renuncian o no a los recursos que les concede la ley, etc”.. Y continúa reflexionando que “El compromiso y también la cláusula compromisoria dar lugar a dos relaciones distintas: una de derecho privado entre las partes que los convienen (sic), en que éstas acuerdan someter al arbitraje los conflictos presentes o futuros que se susciten entre ellas y otra de derecho público, en virtud de la cual el Estado atribuye a los árbitros facultades jurisdiccionales”⁷.

En una línea más contemporánea, para CAIVANO la cláusula compromisoria –que ha definido como el acuerdo por el que las partes deciden someter sus asuntos a arbitraje con el fin de que no sean conocidos por los jueces ordinarios– tiene como efectos que las partes renuncien a que sus controversias sean decididos por la justicia ordinaria, atribuyéndole así capacidad jurisdiccional a terceras partes (es decir, a un árbitro o a un tribunal arbitral); que las controversias materia del acuerdo arbitral estén por producirse (como hemos visto en Ecuador se puede convenir en arbitraje cuando la controversia se ha producido) y que las partes expresen su acuerdo de voluntades,

que se convierte en un pacto procesal plenamente exigible.

El argentino también distingue los efectos positivos de los negativos en relación con la cláusula arbitral. El principal efecto positivo es investir de jurisdicción a los árbitros a fin de que puedan resolver el conflicto que le han presentado las partes. Son justamente las partes las que, por medio del acuerdo arbitral, delimitan la competencia de los árbitros. El efecto negativo, como quedó apuntado, es privar de competencia a la justicia ordinaria para conocer y resolver el conflicto que ha sido sometido – actual o potencialmente– a arbitraje. “En otras palabras –sostiene– la obligatoriedad que surge de la cláusula compromisoria se traduce en acciones y excepciones tendientes a hacer efectivo el pacto arbitral. Por un lado, si alguna de las partes se niega a celebrar el compromiso, la contraria tiene una acción judicial para compelerlo a fin de determinar las cuestiones concretas sobre las que versará el arbitraje y todos los elementos necesarios para que quede habilitada la instancia. Por el otro, si se inicia la demanda en sede judicial, el accionado podrá oponer la excepción de incompetencia, y el juez deberá declinarla a favor de los árbitros”⁸.

En la doctrina latinoamericana la visión complementaria a la de CAIVANO la ha difundido en Perú CANTUARIAS. Para este estudioso el concepto de convenio

⁷ LARREÁTEGUI M. Carlos. *Contribución al Estudio del Arbitraje Privado*. Quito: Cámara de Comercio de Quito, 1982, p. 40.

⁸ CAIVANO, Roque J. *Arbitraje*. 2ª ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2000, p. 115.

arbitral ha servido para eliminar la duplicidad cláusula compromisoria-compromiso arbitral, con el efecto de reconocer que pactar un acuerdo arbitral antes de que se produzca el contencioso es suficiente para que las partes tengan acceso al arbitraje (sin que sea preciso que tengan que otorgar o perfeccionar un nuevo contrato). De modo que para el peruano la idea del convenio arbitral engloba a la cláusula compromisoria y el compromiso arbitral a un tiempo *“reconociéndose así que independientemente del momento en que se suscriba el pacto arbitral (antes o después de que surja una controversia), dicho acuerdo tiene plena fuerza vinculante para obligar a las partes a que acudan a arbitrar sus conflictos cuando estos últimos se presenten”*⁹.

En este punto es necesario volver a la definición de convenio arbitral que nos ha traído la LAM, con el fin de desmenuzar apropiadamente sus otros elementos. Así, la definición legal de convenio arbitral incluye varios aspectos que es necesario destacar:

1.3. La escrituralidad

Como quedó visto la LAM es clara al exigir que “El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere”. Es decir

que en la legislación arbitral ecuatoriana no existe la presunción de un convenio arbitral si éste no ha constado por escrito y, por tanto, la escrituralidad del convenio es una condición legal para la validez de acceso al sistema arbitral.

Aunque normalmente el convenio arbitral, a modo de cláusula, forma parte (aunque independiente, como veremos), de un contrato entre las partes, la LAM supone válido el caso en que exista un texto de convenio arbitral aparte. En este texto aparte o adicional las partes deben dejar en claro el negocio jurídico cuyas controversias serán materia de arbitraje. En este caso la escrituralidad sigue siendo requisito fundamental de validez del convenio arbitral en la legislación ecuatoriana que, por tanto, no reconoce como válidos convenios arbitrales verbales u orales, por ejemplo.

1.4. Las cuestiones contractuales o no contractuales

La LAM también confiere validez a los convenios arbitrales pactados para resolver controversias “que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” Como la LAM reconoce validez a los convenios arbitrales pactados por las partes para resolver controversias no contractuales en este caso hay que entender que las partes que no tenían una relación contractual previa, pero que creen que podrían enfrentar una controversia o

⁹ CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2007, pp. 228-229.

que la disputa está en curso. En ambos casos las partes, como lo permite la LAM, podrían pactar válidamente un convenio arbitral, si la controversia recae sobre materia transigible.

1.5. Indemnizaciones por cuasidelitos

Es necesario señalar, como se vio en la transcripción de la norma de la LAM, que la legislación ecuatoriana en materia arbitral también permite que se estipule convenios arbitrales para discutir por esta vía “las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje”. Aquí tampoco existe una relación contractual previa entre las partes, sino un acto u omisión culposa o dolosa (que no constituya delito reprimido por la legislación penal) y que sea fuente de obligaciones bajo las normas del Código Civil. Las partes podrían válidamente acordar un convenio arbitral para que un árbitro o un tribunal arbitral decidan respecto únicamente de las indemnizaciones civiles.

Creo que en este punto, por lo interesante que resultaría el caso de que las partes se pusieran de acuerdo en un convenio arbitral para resolver controversias respecto de indemnizaciones civiles, conviene repasar brevemente el régimen civil ecuatoriano en esta materia:

Quien ha sufrido un perjuicio derivado de un acto ilícito tiene derecho para demandar al causante del daño, la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. En casos como estos aplica regla general respecto de la responsabilidad civil extracontractual contenida en el Código Civil:

“Art. 2214.- El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, está obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito”.

El perjudicado por la conducta ilícita deberá probar la siguiente existencia de hechos y su consecuente relación de causalidad:

- a) La existencia cierta de actos u omisiones de parte de los demandados y que esa conducta negativa o positiva fue ilícita, es decir contraria a derecho;
- b) Que los demandados procedieron de forma culposa o dolosa. Existe culpa cuando el demandado no actúa con la diligencia y/o responsabilidad que la ley exige. Existe dolo cuando el demandado tiene la intención de causar daño.
- c) Que como resultado de esos actos u omisiones el actor sufrió daños y perjuicios; y
- d) Que los daños y perjuicios, en cada caso como pasaremos a ver, le causaron a los actores un daño patrimonial (daño emergente) y/o una interrupción de sus ganancias (lucro cesante) y/o descrédito o sufrimiento psicológico (daño moral).
- e) Finalmente, en Ecuador los daños y perjuicios deben ser alegados, probados y cuantificados por el actor para que la acción sea eficaz y admisible.

La distinción entre el daño emergente y el lucro cesante la ha hecho el Código Civil:

“Art. 1572.- La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

Exceptúanse los casos en que la ley la limita al daño emergente. Exceptúanse también las indemnizaciones por daño moral determinadas en el Título XXXIII del Libro IV de este Código”.

Y en el caso del daño moral:

“Art. 2232.- En cualquier caso no previsto en las disposiciones precedentes, podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido daños meramente morales, cuando tal indemnización se halle justificada por la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta.

Dejando a salvo la pena impuesta en los casos de delito o cuasidelito, están especialmente obligados a esta reparación quienes en otros casos de los señalados en el artículo anterior, manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación; o quienes causen lesiones, cometan violación, estupro o atentados contra el pudor, provoquen detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, o procesamientos injustificados, y, en general, sufrimientos físicos o síquicos como angustia, ansiedad, humillaciones u ofensas semejantes.

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas

las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo”.

En la legislación civil ecuatoriana el daño emergente es la pérdida efectiva experimentada por la víctima; es el empobrecimiento efectivo, la disminución real del patrimonio que la víctima sufre a consecuencia del hecho ilícito. Por eso se llama daño emergente: porque es algo que sale o emerge del patrimonio.

El lucro cesante, en cambio, es la utilidad la víctima deja de percibir a consecuencia del acto ilícito: la privación de la ganancia que la víctima ha obtenido si no se hubiera producido el hecho ilícito. Si bien el lucro cesante se refiere a hechos futuros, la legislación ecuatoriana impone que la pérdida sea cierta, es decir no-especulativa.

También se incluye en la categoría de daños en Ecuador al daño moral, al que el tratadista RAMÓN DANIEL PIZARRO se refiere como: “El daño moral importa, pues, una minoración en la subjetividad de la persona, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O, con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de sus capacidades de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel al que se hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste y anímicamente perjudicial”¹⁰.

Como sucede con el daño emergente y el lucro cesante, el derecho ecuatoriano

¹⁰ PIZARRO, Ramón Daniel. *Daño Moral: Prevención/ Reparación/ Punición*. Buenos Aires-Argentina: Editorial Hammurabi, 1996, p. 47.

tampoco establece una metodología específica para la cuantificación del daño moral. Corresponde al juez hacer una valoración objetiva de la existencia del daño moral sustentada en la perpetración de un hecho ilícito¹¹.

1.6. Independencia del convenio arbitral

En el Ecuador la LAM ha establecido con claridad el principio de que el convenio arbitral es independiente (*“La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”*) y separable del contrato en el que está contenido: es decir que la invalidez del contrato no deberá afectar al convenio arbitral.

Para AGUILAR esta característica implica que:

“En cuanto a los efectos en el tiempo, salta a la vista que la cláusula arbitral se extiende más allá de la rescisión del contrato que la contiene. Este es un efecto sorprendente. Terminado el contrato, se extinguen todos los derechos emanados del mismo salvo

el derecho a solucionar ante un árbitro las diferencias surgidas entre las partes con motivo de dicha terminación, incluyendo los perjuicios sufridos luego de la rescisión pero que guardan relación con el contrato. Esta sobrevivencia inercial ha sido y es cuestionada cada tanto, y los tribunales han sostenido su vigencia. Se argumenta que lo accesorio sigue la suerte del principal, y que extinguido el contrato ninguna de sus partes mantiene fuerza vinculante, sin embargo la cláusula sobrevive y conserva su fuerza vinculante aún extinguido el contrato... Vemos entonces que existe una separación o una independencia de la cláusula respecto de la existencia del contrato que la contiene, ya que su poder vinculante se extiende, es decir obliga a las partes aún cuando su discrepancia se origine en hechos anteriores a su existencia o posteriores a su rescisión, siempre que se trate de litigios que guarden relación o que emerjan del contrato que lleva inserta la cláusula arbitral”¹².

Y el ya mencionado CAIVANO, refiriéndose a CHILLÓN, complementa lo siguiente:

“El mayor desarrollo del derecho de los contratos en el ámbito del arbitraje comercial internacional ha

¹¹ “La prueba de la lesión a bienes, derechos o intereses extrapatrimoniales, incluidos los personalísimos, es por su naturaleza innecesaria, otras veces es imposible o sumamente difícil de probar; el daño moral y su intensidad pueden no tener una manifestación externa, quedan en el fondo del alma y ni siquiera exige una demostración: no haría falta la prueba del dolor de un padre que pierde el hijo esperado por mucho tiempo, el que ha de ser sostén de su vejez, para mencionar uno de los más crueles. El daño resarcible no se evidencia, como frecuentemente ocurre con los perjuicios patrimoniales. Por lo mismo, en la doctrina y en la jurisprudencia se ha concluido en que no se requiere una prueba directa de su existencia. El padecimiento se tiene por supuesto por el hecho antijurídico que lo provoca y es suficiente la valoración objetiva de la acción antijurídica. Para las lesiones del espíritu rige el principio *in re ipsa*. La prueba del daño moral deberá ser la del hecho ilícito que lo ha provocado, el delito o un cuasidelito que han afectado a bienes jurídicamente protegidos, y el de la atribución del mismo al que causó el daño y los fundamentos para declararlo responsable.” Gaceta Judicial. Año CIII. Serie XVII. No. 8., p. 2295 (Quito, 17 de abril de 2002).

¹² AGUILAR, Fernando. “Los efectos de la cláusula arbitral y su interpretación”. En: *El Arbitraje en el Perú y el mundo*. Buenos Aires: Magna, 2008, p. 203.

acabado asentando la doctrina de la autonomía del convenio arbitral accesorio ante una eventual nulidad del contrato principal en el cual se halla inserto aquél... En efecto, la práctica totalidad de las legislaciones nacionales han recogido esa doctrina, que fue abriéndose paso a través de una paulatina depuración operada en las jurisprudencias nacionales ...que tomaron como fundamento último de la separabilidad del convenio arbitral del negocio principal o de la no comunicabilidad de vicios que afectan al contrato inválido al pacto de arbitraje, en la distinta función que cumple este último con respecto al negocio sustantivo y en la también distinta causa entre ambos convenios, uno de los cuales tiene carácter patrimonial y el otro (el arbitral) persigue sustraer al conocimiento del juez del Estado las controversias que surjan entre las partes”¹³.

1.7. Presunciones de convenio arbitral

En los casos en los que el convenio arbitral no es expreso y contenido en un documento contractual, la LAM incluye algunas presunciones de convenio que vale la pena destacar:

“Art. 6.- Se entenderá que existe un convenio arbitral no sólo cuando el acuerdo figure en un único documento firmado por las partes, sino también cuando resulte de intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje”.

Por medio de esta norma la LAM ha consagrado el principio pro-arbitraje,

fundamentalmente, en vista de que el intercambio de cartas o de medios escritos que dejen ver al árbitro o al tribunal arbitral que existe un pacto entre las partes para resolver sus controversias en arbitraje. Como la LAM entiende que en los casos descritos existe un convenio arbitral (siempre por escrito) la parte que alegue que no existe dicho convenio deberá probar que no ha habido pacto en esta materia.

1.8. Renuncia al convenio arbitral

Por otro lado, al ser el convenio comentado un pacto que confiere el derecho de acceso a la justicia por medio del sistema arbitral, es perfectamente válidos que las partes puedan renunciar

“Art. 8.- Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualesquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá, sin embargo, que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas tina [se trata de un error en la codificación de la LAM. Debería decir “una”] demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción deberá ordenarse el archivo de la causa, en caso

¹³ CAIVANO. *Op. cit.*; p. 145.

contrario, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales”.

Como se puede ver la norma relevante contiene tres posibilidades en relación con la renuncia al convenio arbitral:

- a) Que las partes de mutuo acuerdo renuncien al convenio arbitral: en este caso le volverán a conferir competencia a los jueces ordinarios para conocer de la controversia y, por tanto, le revocarán la competencia a los árbitros;
- b) Que exista una renuncia tácita de una de las partes al convenio arbitral cuando, al verse demandada ante la justicia ordinaria, no se defiende alegando la existencia de convenio arbitral como excepción perentoria. En este caso el efecto es el mismo: la aceptación tácita de la competencia del juez y la revocatoria de la competencia arbitral.
- c) Que, propuesta la excepción, el juez ordinario deba resolver respecto de la existencia del convenio arbitral una vez que haya escuchado a las partes y evaluado las pruebas que respalden sus afirmaciones sobre esta materia.

2. EL ESTADO Y LA CLÁUSULA ARBITRAL

En caso de que una de las partes en conflicto sea el Estado ecuatoriano (incluyendo sus instituciones) la nueva Constitución ha incluido nuevas reglas específicas sobre el convenio arbitral. El segundo inciso del Artículo 190

constitucional transcrito líneas arriba manda que en asuntos de contratación pública en los que se haya pactado –o incluido– arbitraje como la forma de solucionar conflictos se deba litigar en derecho y contando (la norma no hace excepción) con la opinión favorable y previa del Procurador General del Estado.

Es necesario conocer que la LAM define al arbitraje en derecho del siguiente modo:

“Si el laudo debe expedirse fundado en derecho, los árbitros deberán atenerse a la ley, a los principios universales del derecho, a la jurisprudencia y a la doctrina. En este caso, los árbitros deberán ser abogados” (Artículo 3, último inciso).

También de acuerdo con la normativa arbitral ecuatoriana (Artículo 4, segundo inciso) a fin de que las entidades del sector público puedan someterse al arbitraje válidamente, la opinión del Procurador deberá pedirse si la cláusula arbitral se celebra una vez surgida la controversia:

“Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento”.

Evidentemente esta norma legal, que resulta contradictoria con el segundo

inciso del Artículo 190 de la Constitución, no tiene validez y se debe estar a la regla constitucional: es decir, todo arbitraje contractual en el que intervenga una institución del Estado debe ser previamente autorizado por el Procurador General del Estado, además de que se debe litigar en derecho.

Sin embargo de esto, una reciente sentencia interpretativa de la Corte Constitucional señaló que el Estado sí podrá someterse a arbitraje internacional en equidad en casos relacionados con deuda externa¹⁴. Los argumentos que en ese fallo utilizó la Corte fueron los siguientes:

“(...) el artículo 422, inciso final de la Constitución de la República del Ecuador, *se aplica específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales*, en los casos de controversias relacionadas con la deuda externa, y, en consecuencia, no es aplicable, para estos casos, la norma contenida en el artículo 190 de la Constitución” (cursiva agregada).

El artículo 422 de la Constitución manda que Ecuador, a futuro, no podrá celebrar instrumentos internacionales que contengan sistemas de arbitraje internacional, en vista de que la Carta Política considera que se “cede jurisdicción soberana” en esos casos. Como regla general, el artículo 190 de la misma Carta Política pone énfasis en el hecho que cuando se trate del Estado ecuatoriano el litigio arbitral deberá sustanciarse y resolverse en Derecho:

“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en

los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”.

La Corte Constitucional, según parece, ha considerado que el tercer inciso del artículo 422 transcrito permite que el Estado se someta a arbitraje internacional en equidad siempre y cuando se trate de controversias de deuda externa sobre la base de los principios de equidad, transparencia y justicia. Es claro que la Corte ha pensado que estos principios equivalen a la posibilidad de que el Estado pueda ser parte en arbitraje de equidad, en vez de ser principios relacionados con la deuda externa en sí misma. Si este fuera el caso la pregunta es si, entonces, puede haber arbitrajes de transparencia y justicia internacional, además de arbitrajes en equidad.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC, 13-03-2009, R.O. 549, 16 de marzo de 2009.

Lo preocupante es que la Corte Constitucional haya decidido interpretar la Constitución sin tomar en cuenta al segundo inciso 190 de la Carta Política, que establece la norma jurídica general respecto del arbitraje: “En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado,

conforme a las condiciones establecidas en la ley”. En otras palabras: todo arbitraje en el que intervenga en Estado deberá ser en derecho. Este fallo de la Corte Constitucional equivale a dejar sin efectos jurídicos una norma de la misma Constitución, que justamente busca la protección del Estado en materia arbitral.

NOTAS SOBRE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y SUS EFECTOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ (*)

SUMARIO: 1. *Formas de acceder a la jurisdicción convencional.* 2. *Contenido y efectos del compromiso.* 3. *Efectos sobre la competencia de los árbitros.* 4. *La nulidad del laudo por violación del compromiso.*

1. FORMAS DE ACCEDER A LA JURISDICCIÓN CONVENCIONAL

La Ley de Arbitraje y Mediación (LAM)¹, que reemplazó a la Ley de Arbitraje Comercial² y a las normas que, sobre el juicio arbitral, constaban en el Código de Procedimiento Civil del Ecuador (CPCE) y en la anterior Ley Orgánica de la Función Judicial, establece tres formas de someterse a arbitraje: a) mediante convenio arbitral

constante por escrito en un contrato o en documento distinto relacionado con el negocio jurídico referente a un contrato; b) en comunicaciones recíprocas entre las partes, y c) por cualquier otro medio escrito que deje constancia documental de la voluntad de someterse al arbitraje³.

El acuerdo arbitral es, pues, un contrato solemne, pues exige la formalidad de ser escrito. En principio, salvo interpretación distinta de expresiones de voluntad, no puede existir acuerdo arbitral como tal si no hay una expresión escrita.

(*) Socio de "Quevedo & Ponce". Profesor de Derecho Procesal y Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Arbitro del CIADI y de la OMPI. Miembro del Grupo ecuatoriano de la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya. Conjuez Permanente y Ministro Interino de la Corte Superior de Quito. (1988-1992, 2000-2004). Director de Asesoría Jurídica de la Presidencia de la República del Ecuador (1985-1987).

El autor agradece la cooperación prestada por Carlos Manosalvas Silva y Camilla Carrillo Gálvez, asociados de "Quevedo & Ponce".

¹ R.O. No. 145, 4 de septiembre de 1997, reformada por Ley No. 2005-48, R.O. No. 532, 25 de febrero de 2005, codificada en R.O. No. 417, 14 de diciembre de 2006.

² R.O. No. 90, 28 de octubre de 1963.

³ Artículos 5 y 6 LAM.

Las partes que desean, pues, sustraerse, para la resolución de sus conflictos de lo que en el Ecuador se denominó jurisdicción legal, hasta octubre de 2008⁴, requieren expresar su voluntad de convenir en la jurisdicción convencional, con tal fin, en forma escrita. Esa misma exigencia existió antes, bajo la Ley de Arbitraje Comercial⁵, para que se sometieran a arbitraje conflictos relacionados con asuntos de comercio⁶, mientras para otras materias se requería escritura pública o documento reconocido judicialmente⁷.

ERNESTO SALCEDO VERDUGA sostiene que la exigencia de que el convenio arbitral sea escrito no es de la esencia de tal acuerdo sino una forma de prueba de la existencia de tal convenio: “(...) en realidad, la exigencia de la forma escrita no es otra cosa que el medio de prueba que acredita que se ha otorgado el convenio arbitral”⁸. Cita, en respaldo de su tesis a LUIS MARTÍNEZ VÁSQUEZ DE CASTRO⁹. La aceptación de esta posición permitiría

que se diera trámite una demanda arbitral con la oferta de justificar la existencia de un acuerdo arbitral por un medio distinto del escrito.

El antecedente del acuerdo arbitral puede ser cualquier tipo de relación jurídica, sea o no de naturaleza contractual. Puede, por ello, provenir de la existencia de una situación jurídica que genere obligaciones, esto es que se origine de cualquier fuente de obligaciones: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito o la ley.

El convenio arbitral puede constar en un contrato escrito de cualquier naturaleza, en el cual se establezca que las controversias referidas en él se someterán a arbitraje. Puede celebrarse, el convenio arbitral, por escrito, con relación a un contrato ya existente, sea éste meramente consensual o escrito, antes o después de que surjan las controversias. El convenio arbitral puede celebrarse, por escrito, para solucionar conflictos derivados de una sucesión por causa de muerte,

⁴ Luego de haber sido aprobada sólo por el 48,6% de los votantes, a pesar de la exigencia constitucional y del decreto convocatorio de que lo fuera con más del 50% de ellos, el Consejo Nacional Electoral ordenó la publicación de una Constitución redactada en la Asamblea Constituyente, en 2008, en forma oscura, con la intervención directa de un asesor de la Presidencia de la República. Tal Constitución se publicó el 20 de octubre del mismo año. En su sección sexta del capítulo cuarto del Título cuarto se regula a la denominada, desde entonces, “justicia ordinaria”. Antes, de acuerdo con el Código de Procedimiento Civil y la Ley Orgánica de la Función Judicial se conocía a los jueces establecidos por la ley como jueces con “jurisdicción legal”, frente a la jurisdicción convencional, que se ejercía por árbitros designados por las partes.

⁵ Ley de Arbitraje Comercial, D. S. No. 735 R.O. No. 90, 28 de octubre de 1963.

⁶ La Ley de Arbitraje Comercial no contenía expresamente, como lo hace la LAM, una norma que exigiera que la cláusula compromisoria constara por escrito, pero esta exigencia se desprendía de las disposiciones de los artículos 1 y 5, que definía, la primera, a la cláusula compromisoria y, la segunda, exigía que para iniciar el arbitraje se presentara el contrato.

⁷ Artículo 957 del CPC codificado en 1987, R.O. 687 (S), 5 de mayo de 1987.

⁸ “El Arbitraje Justicia Alternativa”, Distilib, Guayaquil, 2007, p. 111.

⁹ “La cláusula compromisoria en el arbitraje civil” Monografías Civitas., 1991, p.118

inclusive la partición, de la aceptación de una herencia, o legado o de cualquier cuasicontrato. También, siempre que conste por escrito, puede tener por objeto resolver las controversias derivadas de la responsabilidad civil proveniente de delitos o cuasidelitos. Así, por ejemplo, puede convenirse que violaciones a los derechos de propiedad intelectual se resuelvan por arbitraje. La Ley de Propiedad Intelectual expresamente así lo señala¹⁰.

Constituye una grave omisión de la ley, el que no haya considerado la posibilidad de que el arbitraje surja de una disposición testamentaria, en cuya virtud el causante ordene que las controversias que, eventualmente, se deriven de su muerte o de la aplicación de las disposiciones testamentarias, se resuelvan por arbitraje, en la forma que el testador regule. Una disposición así permitiría una segura y más rápida decisión sobre la aplicación de la última voluntad del testador, al suscitarse controversias.

El que se permita que el acuerdo arbitral no conste necesariamente en un solo documento, suscrito por las partes, sino que aparezca en cualquier forma de cartas o comunicaciones escritas en que se deje constancia de la

voluntad de las partes de someterse a arbitraje implica que, al decidir el tribunal arbitral sobre su propia competencia, lo cual, necesariamente, debe hacerlo en la audiencia de sustanciación¹¹ pueda sustentarse en cualquier género de documento escrito que permita llegar a esa conclusión, de modo indudable.

En consecuencia, el acuerdo arbitral puede constar también en comunicaciones electrónicas cursadas entre las partes, tal como lo establece la Ley de Comercio Electrónico Firmas y Mensajes de Datos¹², puesto que basta comunicación escrita para que el acuerdo de arbitraje se perfeccione.

Así, ha ocurrido que reconvenido en forma personal, por los demandados, sobre la base de un convenio arbitral suscrito por la compañía representada por una persona, ésta, sin haber sido parte en el convenio arbitral, ha aceptado someterse a la decisión arbitral, tanto al tiempo de replicar la reconvenición en forma personal, sin alegar incompetencia, como al manifestar expresamente que acepta someterse al arbitraje, en la audiencia de sustanciación con lo cual se ha declarado, por el tribunal, configurada la expresión de voluntad de someterse al arbitraje¹³.

¹⁰ Artículo 374, Ley de Propiedad Intelectual, R.O. No. 320, 19 de mayo de 1998; codificación, R.O. No. 426 (S), 28 de diciembre de 2006.

¹¹ Artículo 22 LAM.

¹² R.O. No. 557 (S), 17 de abril de 2002. Artículo 46: "El perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar del perfeccionamiento el que acordaren las partes. La recepción, confirmación de recepción, o apertura de mensajes de datos, no implica aceptación del contrato electrónico, salvo acuerdo de las partes".

¹³ Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, octubre 21, 2005, Urbisocial v. Acosta. La parte demandada reconvino tanto a la compañía actora como a su representante legal, en forma personal. Este no alegó incompetencia sobre la reconvenición en su contra y la replicó. Además en la audiencia de sustanciación expresamente dijo que se sometería a los resultados del arbitraje. El tribunal se declaró competente para resolver sobre el contenido de tal reconvenición.

En cambio, una sentencia de la Corte Superior de Quito, ante demanda de quienes no eran parte de un convenio arbitral, y que fueron demandados en arbitraje conjuntamente con otras personas que sí tenían en sus contratos una cláusula compromisoria, decidió que el competente, para conocer la demanda en contra de todos los demandados, era el juez de lo civil y no el tribunal de arbitraje, pues consideró que no podía dividirse la continencia de la causa, y dispuso que el conflicto fuera decidido por el citado juez, con respecto a todos los demandados¹⁴.

En un conflicto similar planteado ante un tribunal arbitral por una compañía que no había suscrito convenio arbitral alguno, los árbitros se negaron a enviar a la Corte Provincial de Pichincha¹⁵ el expediente organizado por ellos, con el fin de que la citada Corte dictaminara si el caso debía continuar en arbitraje o si debía ser transferido a la justicia hoy denominada ordinaria¹⁶, en virtud de la demanda de competencia planteada por la compañía que no había suscrito acuerdo de arbitraje alguno. Ciertamente, tal actitud podía haber derivado en una eventual acción de nulidad del laudo¹⁷.

¹⁴ Corte Superior de Quito, Primera Sala, 26 de enero de 2000, Juicio de competencia propuesto por el Juez Tercero de lo Civil de Quito, a petición de Lubricantes y Tambores C.A. LYTECA v. Tribunal de Arbitraje del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito.- En este caso, varias compañías y personas naturales demandaron a LYTECA arbitrariamente. LYTECA recurrió al Juez Tercero de lo Civil de Quito para que requiriera al Tribunal de Arbitraje que se inhibiera de conocer la demanda en su contra propuesta por la mayor parte de los actores, excepto dos, pues indicó que sólo con estos dos actores existía cláusula compromisoria. La Corte Superior de Quito consideró que no podía dividirse la continencia de la causa y dispuso que todos los actores se sujetaran a la jurisdicción legal, inclusive los dos que tenían una cláusula de arbitraje, pues estimó también que el convenio arbitral de estos únicos dos actores que tenían tal cláusula, era ambiguo, pues se había pactado que el arbitraje se aplicaría subsidiariamente. Por ello, pues, resolvió que todos los actores debían someter su demanda al Juez Tercero de lo Civil de Quito, con lo que se transfirió la conducción del proceso y la decisión del conflicto al Juzgado Tercero de lo Civil de Quito.

¹⁵ La Constitución de 2008 convirtió a las Cortes Superiores en Cortes Provinciales.

¹⁶ Juez Vigésima Tercera de lo Civil de Quito (a petición de Hampton Court Resources S.A.) v. Tribunal de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. Este Tribunal de Arbitraje fundamentó su negativa a someter a la justicia ordinaria la decisión sobre si debía conducirse el caso en arbitraje o si el conflicto debía ser resuelto por los jueces, en que los árbitros no están sujetos a otras normas que las de la Constitución y la Ley de Arbitraje y Mediación y, por ello, no podían ser obligados a discutir sobre su propia competencia ante la jurisdicción legal, obligando así a quien no había suscrito compromiso arbitral ni tenía relación directa con el negocio jurídico a permanecer ligada al procedimiento de arbitraje. (Resolución de 28 de octubre de 2009).

¹⁷ No puede desconocerse que el arbitraje está sujeto a control jurisdiccional y que una forma de control es la de recurrir a los jueces competentes para que decidan, previamente, si una persona que alega no haberse sometido a arbitraje, debe ser parte o no en un proceso arbitral. Esta es la contrapartida a la obligación de los jueces de inhibirse en los casos en los cuales hay una cláusula compromisoria, sobre lo cual me referiré más adelante. Esta posibilidad no viola el principio de que los árbitros deciden sobre su competencia, puesto que los jueces, en el caso propuesto se limitan a excluir a una persona de la jurisdicción convencional según los principios constitucionales de que "corresponde a la autoridad administrativa o judicial, garantizar el cumplimiento de las normas y derechos de las partes" y de que "nadie podrá ser juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto" (artículos 76, 1 y 76, 7, k).

Curiosamente, en el laudo¹⁸ se plasmó una evidente contradicción pues, tardíamente, el tribunal se declaró incompetente para conocer la acción planteada en contra de la compañía que no firmó el convenio de arbitraje, lo que significaba que tal compañía no podía ser afectada ni beneficiada con el laudo, pero al resolver sobre el fondo rechazó íntegramente “la demanda arbitral propuesta por los señores Ronald Lyle Smith y David Charles Zondag en contra del señor Glenn Allan Good y de la Compañía Hampton Court Resources S.A.” y dispuso que las costas procesales serían a cargo de “Demandados y Actores por partes iguales”.

Así como quienes desean que sus conflictos se sometan a arbitraje deben cuidar que los acuerdos de arbitraje reflejen adecuadamente tal voluntad, quienes no han querido sujetarse a arbitraje, deben ser amparados en su resolución de sujetarse a los jueces de jurisdicción legal, lo que se halla garantizado por el artículo 76º, numeral 7, literal k) de la Constitución de 2008¹⁹.

Nuestra ley, a diferencia de la antigua ley peruana²⁰, no declara nulo el convenio arbitral que no conste por escrito. Sin

embargo, exige que se manifieste por escrito, sea en el contrato, sea en un documento distinto relacionado con el contrato, sea en un convenio arbitral que someta una controversia extra contractual a arbitraje, sea en comunicaciones cursadas entre las partes, sea, como se ha dicho, en petitorios ante el tribunal de arbitraje, o en cualquier otro medio de comunicación escrita que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Esta documentación debe obrar en el proceso arbitral al momento en el cual los árbitros deben decidir sobre su propia competencia, esto es en la audiencia de sustanciación. La ausencia de manifestación escrita implica, pues, la inexistencia de acuerdo arbitral, no su nulidad.

ARMANDO SERRANO PUIG manifiesta que “la exigencia de documento escrito tiene, a mi entender, una doble finalidad; a) la de contener un acuerdo bilateral expreso de someter a arbitraje la resolución de disputas, obviando con ello la posibilidad de un acuerdo tácito y las dificultades que su alegación traería; y b) la de resolver el problema de la prueba del convenio arbitral”²¹.

¹⁸ Tribunal de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, 26 de febrero de 2010, Ronald Smith y David Zondag v. Glenn Good y Hampton Court Resources S.A.

¹⁹ Artículo 76º: “En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso, que incluirá las siguientes garantías básicas: (...) 7. (...) k) Ser juzgado por una juez o juez independiente, imparcial y **competente**. Nadie será juzgado por tribunales de excepción o por comisiones especiales creadas para el efecto”. La competencia de los árbitros nace de la voluntad de las partes. La competencia de los jueces surge de la ley.

²⁰ Artículo 10º de la LGA. El Artículo 13, 2 de la LA, en cambio, sólo exige que el acuerdo arbitral conste por escrito, pero no sanciona con la nulidad un acuerdo que no sea por escrito.

²¹ “Cláusulas Patológicas”, Ponencia No. 2, Primer Congreso Nacional de Arbitraje, Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil, 5 y 6 de junio de 2000.

2. CONTENIDO Y EFECTOS DEL COMPROMISO

La LAM establece algunos elementos que debe contener el convenio arbitral. Tales elementos son: a) el acuerdo de someter la o las controversias identificadas a arbitraje²²; b) el nombre de las partes; c) la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere el convenio arbitral o de los hechos que dan origen al arbitraje²³; d) la indicación de si el arbitraje será en equidad o en derecho, pues si no se lo expresa se entiende que será en equidad²⁴; e) la determinación de si el arbitraje será administrado o independiente y las normas y procedimientos a los cuales se someterá el arbitraje²⁵; f) la designación del o de los árbitros o la forma de efectuarla, requisito que es esencial para un acuerdo arbitral en el que sea parte una institución pública²⁶, pues en convenios entre personas privadas la omisión en señalar quienes son los árbitros o su forma de designación, se suple bien por el sometimiento a las normas del centro de arbitraje identificado, si el arbitraje es administrado, o por la ley, en el caso

de arbitraje independiente, pues ella señala que, en ese caso, la designación de árbitros o del que faltare o de los que faltaren, la hará el director del centro de arbitraje cuya sede se halle lo más cercana al domicilio del actor²⁷; g) el lugar del arbitraje, pero si no se ha hecho tal determinación y las partes no se pusieren de acuerdo, posteriormente, en el lugar del arbitraje, el actor tendrá el derecho de elegir, como lugar del arbitraje, entre el sitio donde se produzcan los efectos del acto o contrato materia del arbitraje o el de su propio domicilio, salvo que no exista “tribunal de arbitraje en uno de los referidos lugares” pues, en ese caso, “deberá acudir al de la localidad más próxima”²⁸; h) el plazo de duración del proceso arbitral, pero si no se lo hace, la LAM establece un término de ciento cincuenta días desde la audiencia de sustanciación para expedir el laudo, prorrogable, por el propio tribunal o de común acuerdo de las partes, por otros ciento cincuenta días hábiles²⁹; i) la expresión de la facultad otorgada a los árbitros de ordenar directamente a los funcionarios públicos competentes la ejecución de medidas cautelares

²² Artículo 5º LAM.

²³ Artículo 5º LAM.

²⁴ Artículo 3º LAM.

²⁵ Artículo 2º LAM.

²⁶ Artículo 4º, literal c) LAM.

²⁷ Artículo 16º LAM.

²⁸ Artículo 35º LAM. La frase final es, ciertamente, de difícil entendimiento, puesto que no existen tribunales de arbitraje en sitios determinados. Posiblemente la ley intentó referirse a centros de arbitraje, para el caso de arbitraje administrado.

²⁹ Artículo 25º LAM. En el caso de que las partes hubieren pactado un plazo para que se dicte el laudo, ellas pueden, de mutuo acuerdo, convenir en prorrogar tal plazo. Usualmente, cuando el tribunal estima que el plazo es demasiado corto, solicita a las partes que convengan en ampliarlo.

ordenadas por el tribunal, puesto que si no se pacta de esta manera, el tribunal, aunque puede disponer las medidas, carece de la facultad de recurrir directamente a los funcionarios públicos para que las lleven a ejecución, ya que, en tal caso, serán las partes (o cualquiera de ellas) las que deben recurrir a los jueces ordinarios para que éstos ordenen la ejecución de las medidas a los funcionarios públicos que deban ejecutarlas³⁰.

Si una de las partes en el convenio arbitral es el Estado o una institución pública, el acuerdo debe necesariamente suscribirse con aprobación previa del Procurador General del Estado³¹ y sólo puede referirse a controversias derivadas de contratos. El acuerdo arbitral debe estar suscrito, con renuncia de la jurisdicción legal u ordinaria, por la persona de la entidad pública autorizada para celebrar contratos a nombre de ella³². Sin estos requisitos el acuerdo arbitral es nulo³³.

El efecto fundamental del acuerdo de arbitraje es el de sustraer de la jurisdicción legal u ordinaria toda competencia sobre la materia específica y concreta a la cual se refiere el acuerdo arbitral, puesto que él impide a cualquiera de las partes recurrir a los jueces de tal jurisdicción y, en el caso de que efectivamente se plantee una demanda ante tales jueces, éstos tienen la obligación de inhibirse de conocer sobre el caso, si hay acuerdo arbitral, y si existiere duda, han de preferir que la controversia se resuelva en arbitraje³⁴.

Si a pesar de la existencia de cláusula compromisoria y de la alegación de una de las partes de la incompetencia del juez ordinario, éste continuare conociendo del asunto, el proceso sería nulo, conforme lo ha dado a entender la jurisprudencia al afirmar que la omisión del juez en dar trámite previo a una excepción de existencia de cláusula arbitral es solemnidad sustancial del proceso³⁵.

³⁰ Artículo 9º LAM.

³¹ Artículo 190º Constitución de la República de 2008 y artículo 4º, literal a) LAM.

³² Artículo 4º, literal d) LAM.

³³ Artículo 4º LAM.

³⁴ Artículo 7º LAM.

³⁵ Corte Provincial de Pichincha, Primera Sala de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, 15 de octubre de 2009, Segundo Rafael Bastidas y otros v. Fideval S.A. y otros.- En este caso, Fideval S.A., compañía contra la cual se amplió una demanda presentada contra varias personas en un juzgado civil alegó que había una cláusula arbitral con los actores, pero el juez de primera instancia no dio trámite a su excepción, por lo cual interpuso apelación que fue resuelta por la Corte Provincial mediante la orden de que se sustancie previamente el incidente y se decida si la reclamación contra Fideval S.A. ha de plantearse en arbitraje o no. El acuerdo de arbitraje se encontraba redactado así: "Las partes convienen en que en caso de surgir diferencias entre ellas, por razón o con ocasión del negocio fiduciario, éstas serán resueltas mediante procedimiento de arreglo directo de diferendos, pudiendo también dar curso a la mediación; para tal efecto las partes dispondrán de diez días hábiles contados a partir de la fecha en que cualquiera de ellas requiera a la otra en tal sentido, término que podrá ser prorrogado de mutuo acuerdo. Evacuada la etapa de arreglo directo las diferencias serán resueltas por el procedimiento arbitral, y en particular por el 'Arbitraje Administrado en Derecho', para lo cual las partes resuelven someterse a resolución de los Tribunales de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito. La falta de suscripción del convenio arbitral, no será causa para rechazar el trámite del arbitraje". No existe aún resolución del juez acerca de la petición de inhibición de proceder en contra de Fideval S.A.

Empero, es necesario que la parte contra quien se ha iniciado un proceso ante un juez de jurisdicción legal u ordinaria, por una controversia que, por acuerdo de las partes, debía someterse a la jurisdicción convencional o arbitral, proponga ante el juez que se halla conociendo de la causa, la excepción pertinente en tal sentido, caso en el cual “el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes prueba de sus afirmaciones dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado”³⁶. Si el juez acepta la excepción ha de archivar la causa, pero si la rechaza, ha de continuar sustanciando el proceso, de acuerdo con las normas adjetivas pertinentes.

Las partes que hayan celebrado un compromiso arbitral, pueden renunciar a él de mutuo acuerdo por escrito. Se entiende, sin embargo, que existe también tal renuncia si, presentada por cualquiera de las partes una demanda, sobre el asunto referido en el compromiso arbitral, ante un juez, el demandado no opone la excepción de que existe convenio arbitral³⁷. Por ello, la inhibición del juez, a que antes se ha hecho referencia, debe ocurrir luego de que, en la situación descrita, el demandado oponga la

excepción relativa a la existencia de cláusula compromisoria.

La decisión del juez en cuya virtud se inhiba de conocer de un litigio, por existir convenio arbitral, es susceptible del recurso de apelación³⁸, pues con ella concluye un litigio que pudo haber sido resuelto, sobre el fondo, por el juez, y, en consecuencia, se decide sobre el derecho, alegado por una de las partes, a ser juzgada por jueces ordinarios y no por árbitros. El CPCE también establece el recurso de apelación del auto inhibitorio del juez³⁹.

El otro efecto primario de la cláusula compromisoria radica en la posibilidad de que la demanda arbitral sea admitida inicialmente a trámite. Si el arbitraje es administrado, el centro de arbitraje requiere conocer si las partes han convenido en que el arbitraje se conduzca ante dicho centro. Si el arbitraje es independiente, el o los árbitros requieren saber que el o ellos han sido designados como tales.

3. EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS

Es indudable que “es importante asegurarse que los términos en que

³⁶ Artículo 8° LAM

³⁷ Artículo 8° LAM. Se ha estimado que el recurrir antes del arbitraje a los jueces ordinarios para solicitar medidas provisionales o preventivas no constituye renuncia al arbitraje. Tribunal de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, 26 de febrero de 2010, Ronald Smith y David Zondag v. Glenn Good y Hampton Court Resources S.A. Sin embargo, no ha existido pronunciamiento sobre la materia por parte del juez de la jurisdicción legal.

³⁸ El Artículo 76°, numeral 7, literal m) de la Constitución de 2008 consagra la doble instancia en todas las causas en que se decidan sobre los derechos de personas.

³⁹ Artículo 69° CPCE.

se redacte el acuerdo arbitral resulten adecuados para dar cumplimiento a la voluntad de las partes. Por lo general, cuando las partes convienen en resolver por arbitraje las controversias que pueden suscitarse entre ellas, su intención es resolver **todas** las diferencias que surjan entre ellas (a menos que se establezca una excepción específica). En consecuencia, en lugar de someter a arbitraje únicamente ciertas categorías de controversia y relegar las demás a la autoridad de los tribunales nacionales, conviene redactar el acuerdo arbitral en términos amplios e inclusivos⁴⁰. Hoy día, afortunadamente, la mayor parte de los tribunales nacionales considera que el arbitraje constituye una forma adecuada de resolver las controversias comerciales internacionales y, por ende, intenta hacer efectivos los acuerdos de arbitraje toda vez que ello sea posible, en lugar de tratar de restringir su alcance de modo tal que se conserve la competencia del tribunal⁴¹.

En el Ecuador se ha consolidado dicha tendencia, a pesar de las voces oficiales en contra del arbitraje⁴². Como

se analizará más adelante, más bien los jueces han sido reacios a declarar la nulidad de laudos arbitrales, a pesar de que, en ocasiones, podían existir sólidos fundamentos para hacerlo.

En el procedimiento de arbitraje le corresponde al tribunal, al inicio de la audiencia de sustanciación, analizar el acuerdo arbitral, puesto que, en dicha diligencia procesal, ha de decidir sobre su competencia.

En efecto, la LAM⁴³ establece de modo preciso e inquebrantable (salvo que las partes en el acuerdo arbitral hubieren acordado algo expresamente distinto) que en la audiencia de sustanciación debe el tribunal arbitral pronunciarse sobre su propia competencia⁴⁴. Este acto procesal es de extraordinaria importancia puesto que en él debe analizarse, con detenimiento, tanto la existencia como el contenido del compromiso arbitral.

El tribunal, en la audiencia de sustanciación debe efectuar las siguientes consideraciones con el fin de llegar a la decisión sobre su competencia que se

⁴⁰ Así consta en las recomendaciones del Informe Final del Grupo de Trabajo sobre la Cláusula Compromisoria de la CCI, Documento 420/318, 21 de octubre de 1991.

⁴¹ REDFRIN, Allan y HUNTER, Martín, con BLACKABY, Nigel y PARISTIDES, Constantine, "Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional 4ª Edición". Buenos Aires: La Ley, 2007, p. 246.

⁴² El actual Jefe del Estado, en múltiples declaraciones en sus intervenciones de los sábados ha sido acervo crítico del arbitraje.

⁴³ Artículo 22º LAM.- En las discusiones previas de quienes de una manera u otra intervenimos en la preparación del anteproyecto de lo que luego fue la LAM, una de mis principales observaciones fue, precisamente, la de que la decisión sobre la competencia fuera siempre de previo pronunciamiento, por una pésima experiencia bajo la Ley de Arbitraje Comercial, cuando un tribunal arbitral, luego de toda la compleja tramitación de un proceso arbitral, se inhibió de dictar el laudo por considerarse incompetente, lo que provocó que entre las partes, que esperaban que con el laudo terminaran sus conflictos, se iniciaran varios procesos, inclusive de carácter criminal, que, ciertamente, no hubieran ocurrido si es que, luego de litigar largamente ante el tribunal de arbitraje, éste no hubiera, al tiempo de dictar el laudo, rehuido pronunciarse sobre el fondo, a través del atajo de declararse incompetente. (Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, *Garner Espinosa S.A. v. LAVCA*).

torna irrevocable, salvo que en la misma audiencia alguna de las partes plantee la revocación total o parcial y el tribunal, en la misma audiencia decida alterar, total o parcialmente, su decisión original: 1. ¿Existe o no convenio arbitral? 2. ¿Han renunciado o no las partes al convenio arbitral? 3. ¿Es el convenio arbitral válido? 4. ¿Son las partes capaces de acudir al arbitraje? 5. ¿Recae el convenio arbitral sobre un asunto sobre el cual es posible transigir? 6. ¿Existen los requisitos formales para que el convenio arbitral exista y sea válido? 7. ¿Los asuntos que cada una de las partes ha sometido a arbitraje, tanto en la demanda, como en la contestación, reconvencción y réplica se hallan comprendidos dentro del convenio arbitral que se lo considera válido? 8. ¿Debe excluirse de la competencia del tribunal uno o más asuntos constantes en los petitorios iniciales de cualquiera de partes por cuanto tales pretensiones, posiciones o excepciones no se hallan comprendidos en el convenio arbitral o no son susceptibles de arbitraje?

El tribunal de arbitraje también puede excluir del ámbito de su competencia pretensiones que, por su naturaleza, *prima facie*, no podrían ser otorgadas ni admitidas en el laudo, si éste debe pronunciarse en

derecho, como se lo ha hecho en varias ocasiones con respecto a daños morales derivados de un incumplimiento contractual, puesto que la legislación ecuatoriana excluye la posibilidad de demandar daños morales como consecuencia de violación de contratos⁴⁵.

Luego de este análisis el tribunal debe dictar una resolución suficientemente motivada, de acuerdo con cada caso, en la cual establezca, con claridad, las razones para asumir competencia y los asuntos sobre los cuales debe decidir, excluyendo de su competencia todo aquello sobre lo cual carezca de ella. No puede el tribunal reservarse el decidir sobre esta materia para una ulterior resolución, salvo que las partes consientan expresamente en que así se lo haga en forma expresa y unánime, pues únicamente ellas tienen la capacidad de alterar el procedimiento y convenir en uno distinto de aquél previsto en la LAM.

Es por ello inaceptable, que un tribunal arbitral incumpla su obligación de resolver previa y anticipadamente sobre la competencia con respecto a uno de los demandados, si no existe acuerdo arbitral suscrito por él y alegue expresamente su inexistencia y la incompetencia consiguiente del tribunal⁴⁶.

⁴⁴ Por ello, no es jurídicamente viable, salvo que las partes así expresamente lo hayan acordado, que el tribunal decida sobre su competencia en el laudo.

⁴⁵ Artículo 1572º, inciso tercero, del Código Civil del Ecuador. (CCE).

⁴⁶ Como ya se ha indicado, en el proceso arbitral contra Hampton Court Resources S.A., esta compañía no había suscrito contrato alguno ni cláusula compromisoria con los actores y así lo expresó. Mas aún, el conflicto se refería a una alegada venta de acciones entre Smith y Zondag con Good, con respecto al cual nada tenía que ver Hampton. Sin embargo, sin motivación ni explicación alguna, en la audiencia de sustanciación de 6 de julio de 2009, el Tribunal Arbitral expresó: "El Tribunal resolverá posteriormente sobre su competencia para pronunciarse sobre su competencia para pronunciarse sobre los derechos u obligación de la compañía Hampton Court Resources S.A. a la cual también se demanda". Ya se comentó (nota No. 16, *supra*), la decisión final del tribunal arbitral.

Establecida la competencia del tribunal, en la audiencia de sustanciación, en virtud del análisis del contenido del acuerdo arbitral, el tribunal debe admitir las pruebas preconstituidas que las partes hubieren presentado con la demanda, contestación, reconvencción y réplica, y conducir la práctica de las que las partes hubieren solicitado en tales actos procesales, en tanto en cuanto tengan relación con los asuntos controvertidos sobre los cuales el tribunal se declaró competente.

En el laudo el tribunal debe decidir sobre todos aquellos asuntos sobre los cuales resolvió que tenía competencia, en la audiencia de sustanciación, sin que pueda hacerlo sobre materias distintas,

y sin que tenga atribución tampoco, de abstenerse de decidir sobre asunto alguno acerca del cual, en la audiencia de sustanciación, se declaró competente⁴⁷. Si, por ejemplo, se ha declarado competente para conocer sobre la pretensión de que se declare la resolución de un contrato por incumplimiento, no puede decidir que el contrato debe cumplirse. Si se ha reclamado exclusivamente intereses como daños por el incumplimiento y el tribunal se declaró competente para resolver sobre la existencia o no de incumplimiento y sobre la procedencia o no de condenar al pago de los intereses reclamados, no puede, en el laudo, reconocer otra clase de daños, por más prueba que se presente sobre la cuantía real de tales daños efectivos⁴⁸.

⁴⁷ La omisión de este deber del tribunal ha llevado, en la práctica, a situaciones tremendamente injustas y violatorias de derechos, en pugna con el debido proceso, como la que se generó cuando luego de haberse declarado el tribunal competente para conocer sobre la terminación de un contrato de fideicomiso, en la audiencia de sustanciación, al dictar el laudo, sin anticipar siquiera a las partes, se declaró incompetente para resolver sobre ello y dejó vigente por más diez años un fideicomiso de garantía, que caucionaba exclusivamente una obligación concreta y específica cuyo cumplimiento jamás se reclamó, con altos costos para la parte afectada. (Tribunal de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito., 11 de septiembre de 2000, *Seguranza Cia. Ltda. y otros v. BMI Financial Group Inc.*). Fue necesario que, transcurridos diez años, plazo en el cual prescriben las obligaciones derivadas de contratos, según el Art. 2415 del CCE, se planteara una nueva acción en arbitraje para que se declarara la inexistencia de la obligación. (Tribunal de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, 5 de marzo de 2010 *Alfredo Serrano v. Fiducia S.A.*).

⁴⁸ En el evento de que se haya convenido que el laudo se expida en derecho, con sujeción a la ley ecuatoriana, si el conflicto se refiere a contratos bilaterales (esto es a aquellos en los cuales las partes contrajeron obligaciones recíprocamente) es contrario a derecho e improcedente el demandar únicamente indemnización de daños y perjuicios, en caso de incumplimiento, sino que ha de elegirse necesariamente entre exigir el cumplimiento del contrato o su resolución, a lo cual puede añadirse el exigir daños y perjuicios, sin que deba demostrarse, con pruebas, su monto si es que lo único que se reclama por tal concepto, si la obligación es de pagar dinero, son intereses. (Arts. 1505 y 1575, numeral 2 del CCE.- Corte Suprema de Justicia, Segunda Sala, 22 de noviembre de 1962, *Rodrigo Álvarez Saa y otros v. Estado del Ecuador y Dirección de Monopolios*, G.J. IX, 15, 1711-1715.- Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala, 15 de diciembre de 1978, *José Gilberto Torres v. Héctor Velastegui*, G.J. XIII, 5, p. 1008.- Corte Suprema de Justicia, Tercera Sala de lo Civil y Mercantil, 30 de junio de 1999, *Luís Antonio Serrano v. Edmundo Carvajal Rousseau*, G.J. XVIII, 1, p. 137.- Corte Suprema de Justicia, María Teresa Colina y otra v. Francisco Sevilla, 17 de junio de 1915, G. J. III, 86, p. 1923.- Corte Suprema de Justicia, 26 de julio de 1921, *Manuel Samaniego v. Manuel Delgado*, G.J. IV, 74, p. 592).

Como en la audiencia de sustanciación las partes pueden precisar sus pretensiones⁴⁹, el tribunal, para decidir sobre su competencia, tiene facultad para pedir a las partes que, antes tal resolución, concreten su posición sobre aspectos oscuros relacionados con la forma cómo se ha planteado el litigio o sobre los hechos alegados por cada una de ellas, para fundar sus pretensiones recíprocas, pues tal actuación de las partes permite al árbitro o a los árbitros tener una idea cabal de aquello sobre lo cual las partes litigan y a las partes coadyuvar a que el tribunal pueda establecer concretamente el ámbito de su competencia.

En este aspecto, recientemente, se planteó un proceso arbitral que tuvo como antecedente, otro arbitraje, que había concluido con un laudo que desestimó tanto la demanda como la reconvencción, conducido entre varios actores que demandaron a una compañía antecesora en el derecho de la actora en el segundo proceso, la que dirigió la demanda, en el segundo proceso, contra una de las actoras del primer proceso arbitral. La demandada, en este segundo arbitraje, alegó, como excepción, cosa juzgada y, al propio tiempo, reconvino a la actora sobre la base de una alegada terminación sin fundamento del contrato acerca del cual se litigaba. El tribunal arbitral, en la audiencia de sustanciación, pidió a las partes no sólo que expresaran las razones por las cuales, la una creía que no había identidad entre la primera

acción y la segunda, y la otra, que afirmaba que había cosa juzgada, sobre lo cual no podía volverse a discutir, sino que les exigió que entregaran la documentación pertinente relativa al primer arbitraje, a fin de analizar el ámbito de su competencia y resolver sobre ella, puesto que el tribunal consideraba que, de existir cosa juzgada, sería incompetente para conocer la demanda planteada y, eventualmente, sólo lo sería para resolver sobre la reconvencción. Sobre la base de los libelos iniciales del proceso anterior, sobre los cuales se trabó la *litis*, y del laudo dictado en tal proceso, el tribunal declaró concretamente los aspectos sobre los cuales había cosa juzgada, los excluyó de su competencia, y ordenó la eliminación e inadmisibilidad de prueba sobre los aspectos ya resueltos, de modo definitivo, en el laudo anterior, y delimitó las pretensiones contenidas en la demanda sobre las cuales resolvería en el laudo, así como aquellas excepciones, constantes en la contestación sobre las cuales exclusivamente se pronunciaría en el laudo. Además se declaró competente sobre la pretensión constante en la reconvencción y la posición y excepciones de la actora en la réplica⁵⁰.

En el mismo caso se suscitó, en la audiencia de sustanciación, la inquietud, por parte del tribunal, sobre si el laudo debía ser dictado en equidad o en derecho, puesto que entre las partes existían dos contratos, sobre el mismo asunto, el segundo modificadorio del primero, que

⁴⁹ Art. 22, inciso 3o. LAM.

⁵⁰ Tribunal de arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, 21 de enero de 2010 y 4 de febrero de 2010, CNT S.A. v. FONONEXO S.A.

contenían expresiones distintas en cuanto a la naturaleza del arbitraje. Las partes convinieron, en la citada audiencia, que el arbitraje se conduciría y decidiría en derecho y así, también, lo declaró el tribunal.

En razón de que la LAM dispone que “la nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”⁵¹ el tribunal de arbitraje puede declararse competente para conocer sobre reclamaciones derivadas de un contrato absolutamente nulo, sea tendientes a la declaración de tal nulidad, o al cumplimiento de obligaciones que pudieron haber surgido de la relación derivada de tal contrato nulo. Se suscitó, por ejemplo, un conflicto entre dos partes que habían celebrado, por escritura privada, una promesa de venta de un departamento, por construirse, en un edificio de propiedad horizontal, a pesar de que la ley ecuatoriana exige que se lo haga, para su validez, mediante escritura pública⁵². El promitente comprador había anticipado, en varios pagos, una parte del precio al promitente vendedor, constructor, al mismo tiempo, del edificio. Se había convenido que cualquier controversia se decidiría por arbitraje en derecho. Ante el alegado incumplimiento del promitente vendedor, el promitente comprador planteó su demanda en arbitraje y en la audiencia de sustanciación, el tribunal pidió que el actor escogiera la pretensión adecuada puesto que había exigido, al propio

tiempo, el cumplimiento del contrato y su resolución, lo que implicaba proponer acciones contrarias e incompatibles, ante lo cual el actor concretó su pretensión en la exigencia de que se declarara la resolución del contrato y se ordenara la devolución de lo entregado con intereses. El tribunal se declaró competente sobre tales pretensiones y en el laudo, a pesar de reconocer que el contrato era absolutamente nulo, y, por ello, no podía declarárselo resuelto, aceptó la demanda en cuanto a la devolución de lo que había recibido el demandado, con intereses desde las diferentes fechas de entrega de los distintos valores⁵³.

Otro tribunal de arbitraje, en cambio, no analizó con detenimiento y a profundidad una cláusula de arbitraje que decía lo siguiente:

“De suscitarse conflicto alguno entre las partes, estas se comprometen a iniciar una negociación directa entre ellas por el término de quince días, de no llegar a ningún acuerdo, las partes las someterán a la resolución de un Tribunal de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, que se sujetará a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación; el Reglamento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito, **por equidad**, y las siguientes normas: Trece. uno.- Los árbitros serán seleccionados conforme lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación.- Trece. dos. Las partes renuncian a la jurisdicción ordinaria, se obligan a acatar **el laudo en derecho** que expida

⁵¹ Art. 5, inciso 3o., LAM.

⁵² Art. 1570, ordinal 1o. CCE.

⁵³ Tribunal de arbitraje del Centro Nacional de Arbitraje de la Cámara de la Construcción, 22 de diciembre de 2009, Carlos Augusto Boada v. Rafael Augusto Ruales.

el Tribunal Arbitral y se comprometen a no interponer recurso alguno contra el laudo arbitral.- Trece .tres.- Para la ejecución de las medidas cautelares el Tribunal Arbitral está facultado para solicitar a los funcionarios públicos, judiciales, policiales y administrativos su cumplimiento, sin que sea necesario recurrir a juez ordinario alguno. Trece. punto cuatro.- El tribunal arbitral estará integrado por tres árbitros. Trece. cinco.- El procedimiento arbitral será confidencial. Trece .seis.- El lugar del arbitraje será las instalaciones del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito”.

El Tribunal Arbitral, en la audiencia de sustanciación no realizó ningún análisis del acuerdo arbitral, en el cual, en primer término se indicaba, como se ha resaltado, que el arbitraje se sujetaría a la LAM y al Reglamento del centro indicado, por **equidad**, pero luego se manifestaba que el laudo, para que fuera obligatorio, debía ser en **derecho**. En efecto, el Tribunal se limitó a dictar la siguiente resolución: “El Tribunal, después de analizar el convenio arbitral contenido en la cláusula décima tercera del contrato de promesa de compraventa otorgada por la compañía PROMOCIONES TODO Sociedad Anónima y la señora Luz Marina Levoyer Masson y suscrita el 5 de octubre

de 2005, con fundamento en el artículo 191 de la Constitución de la República del Ecuador⁵⁴ y la Ley de Arbitraje y Mediación, se declara competente para conocer y resolver respecto a la demanda como a la reconvencción. El arbitraje, conforme lo pactado entre las partes, será en equidad⁵⁵”. No existió, pues, explicación jurídica que interpretara por qué el tribunal estimaba que el laudo debía ser en equidad, a pesar de que en el texto del acuerdo arbitral la equidad estaba referida al procedimiento regido por las Reglas del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, y la sujeción al derecho era lo que convertía al laudo en obligatorio, según el convenio de las partes.

La debida motivación, en la declaración de competencia o incompetencia, fundamentada, en cualquiera de los casos, en el acuerdo arbitral y en su tenor, debe, pues, ser realizada en la audiencia de sustanciación a efectos de que las partes tengan la certeza de aquello sobre lo cual el tribunal de arbitraje va a decidir en el laudo. Por ello parece un contrasentido que en una resolución a peticiones de aclaración y ampliación de un laudo, se explique el por qué el tribunal se con-

⁵⁴ La norma referida corresponde a la Constitución de 1998 (Gaceta Constitucional de 5 de junio de 1998) que contenía principios generales sobre la administración de justicia, entre los cuales se encontraba el inciso tercero que disponía: “Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley”. No parece una plausible explicación sobre la decisión del tribunal en su declaratoria de competencia, sobre la base de una cláusula compromisoria que se prestaba a distintas interpretaciones, en cuanto a la naturaleza del arbitraje, para dilucidar lo cual bien pudo haber pedido el tribunal una aclaración a las partes en la audiencia de sustanciación, sin que lo hubiera hecho.

⁵⁵ Tribunal de Arbitraje del Centro de Mediación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito, 12 de febrero de 2008, *Promociones Todo S.A. v. Luz Marina Levoyer*, Resolución No. 2 de la audiencia de sustanciación.

sideró competente y los límites de su competencia⁵⁶.

En definitiva, lo pactado en el acuerdo de arbitraje determina los límites de la competencia del tribunal, la naturaleza del arbitraje, el procedimiento por seguir, las pruebas por admitir y lo que el o los árbitros deben excluir de su competencia, en resolución que, salvo acuerdo expreso de las partes, debe ser dictada, con efectos irrevocables, en la audiencia de sustanciación.

4. LA NULIDAD DEL LAUDO POR VIOLACIÓN DEL COMPROMISO

La acción de nulidad constituye uno de los medios por los cuales el poder judicial realiza el control de la actividad arbitral. Otros mecanismos de control o de intervención de los jueces, con referencia al arbitraje, son en la ejecución del laudo, en la ejecución de medidas preventivas (salvo acuerdo de las partes que haya otorgado esa facultad a los árbitros), en la constitución del tribunal

arbitral (cuando las partes así lo han previsto) y en el juicio de competencia si se lo plantea cuando los árbitros actúan sin que exista un convenio arbitral válido o sin que, por cualquier otra razón, tengan competencia *prima facie*.

La acción de nulidad tiene por finalidad el precautelar el cumplimiento de aquellas normas que el legislador ha considerado que son indispensables para la validez del laudo, y que, por ello, son todas de orden público, precisamente para que se cumpla lo que las partes han convenido, esto es que se acate que las controversias sometidas a arbitraje sean resueltas con las garantías procesales previstas en las normas jurídicas y de acuerdo al convenio de las partes. Las razones de nulidad, por ser de orden público, según la LAM se aplican tanto a los laudos en equidad como en derecho, pues la LAM no ha hecho ninguna distinción al respecto y le es prohibido al intérprete distinguir cuando la ley no ha distinguido⁵⁷. Así lo ha reconocido el Presidente de la Corte Provincial de

⁵⁶ Tribunal independiente de arbitraje, 19 de noviembre de 2009, *Vía Advisors Ecuador S.A. VIADVI v. Telecomunicaciones Móviles del Ecuador TELECSA S.A.*- Al resolver sobre tales peticiones con relación al laudo de 15 de octubre de 2009, el Tribunal afirmó, sobre "convenio arbitral y competencia y límites del Tribunal": "1) En el "Contrato de Administración de la Compañía Telecomunicaciones Móviles del Ecuador, TELECSA S.A." celebrado por ésta con Vía Advisors Ecuador S.A. VIADVI, el 3 de mayo del 2006, las partes, libre y voluntariamente, en la cláusula décima octava, convinieron las normas sobre la Legislación Aplicable, y el Procedimiento de Conciliación y Arbitraje para solucionar las controversias que pudiera surgir entre ellas, con motivo de la interpretación y/o ejecución del contrato...2) En ese convenio arbitral establecido en la citada cláusula décimo octava del contrato, las partes fijaron los límites de la competencia del Tribunal Arbitral. En efecto, en la cláusula 18.1 acordaron que, "en caso de controversias en relación a su (la) aplicación o interpretación" del contrato, "las partes renuncian fuero, domicilio y a reclamación por vía diplomática y se sujetan al procedimiento determinado en los siguientes numerales". Es decir que las partes, con claridad, convinieron someter a este Tribunal Arbitral las controversias relacionadas únicamente con la aplicación o interpretación del contrato".

⁵⁷ Conclusión que se desprende del Art. 18, regla 5a. del CCE.

Pichincha⁵⁸, sin embargo, en contra del texto expreso de la LAM, la Sala de lo Civil, Mercantil y Familia de la Corte Nacional de Justicia, se ha pronunciado en el sentido de que las causas de nulidad no se aplican a los laudos en equidad⁵⁹.

Aunque es, pues, excepcional, como explica FRANCISCO GONZÁLEZ DE COSSÍO, la intervención judicial, por lo que las facultades conferidas han de regirse por el principio *exceptio est strictissimae applicationis*, tal intervención se ciñe y debe ceñirse a la “interpretación funcional. Las facultades deben ser entendidas y aplicadas de tal forma que se le dé efectos al sistema arbitral. La judicatura es un aliado del arbitraje. Es una pieza más del sistema arbitral, de la misma manera que lo es el árbitro y los instrumentos del derecho arbitral”⁶⁰.

En consecuencia, la acción de nulidad tiene por objeto asegurar que los convenios de arbitraje o las cláusulas compromisorias tengan cabal cumplimiento, en los términos en que las partes válidamente han acordado, para que los árbitros decidan sus controversias, y precautelar que los árbitros no se aparten de aquellos preceptos que tanto las partes como la

ley han establecido como esenciales y sustanciales para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de arbitraje, dentro de las garantías del debido proceso, en el procedimiento concreto y singular conducido entre partes específicas.

La acción de nulidad, pues, obliga al juez con jurisdicción legal, a ejercer su facultad de examinar de un modo concreto y no abstracto en un proceso arbitral singular, si el tribunal de arbitraje ha cumplido con el deber de conducir y resolver la causa con sujeción estricta a lo convenido por las partes y a lo preceptuado por la ley, para garantizar el debido proceso. Con la resolución que dicte al haberse planteado la acción de nulidad, el juez no resta capacidad al sistema arbitral, cuando declara la nulidad, sino que obliga a que los árbitros actúen con la extremada diligencia que la misión de juzgar, porque las partes así le han convenido, les impone.

La LAM establece causas de orden público⁶¹ como fundamento para plantear la acción de nulidad de los laudos, acción que debe plantearse en un término notablemente corto (diez días desde que se ejecutorió el laudo⁶²), ante el mismo

⁵⁸ 12 de agosto de 2009, AFESE v. Metromedical Cia. Ltda. En esta sentencia se determina que el laudo objeto de la acción de nulidad se dictó, de acuerdo al convenio de las partes, en equidad, pero se reconoce que la causa de nulidad de resolver sobre asuntos no sometidos al arbitraje o de dar más de lo reclamado es aplicable también a los laudos que se dictan en equidad.

⁵⁹ En violación del principio constitucional del debido proceso recientemente ha resuelto en el sentido de que en arbitrajes en equidad puede otorgarse más de lo reclamado y decidirse sobre aspectos no sometidos al arbitraje. (Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 18 de enero de 2010, *Seguranza C. Ltda. y otros v. BMI Financial Group Inc.*).

⁶⁰ GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco. *El arbitraje y la judicatura*. México: Editorial Porrúa, 2007, p. 14.

⁶¹ Art. 31 de la LAM.

tribunal arbitral, quien debe remitirla, para su trámite y resolución, al Presidente de la respectiva Corte Provincial.

Dos causas de nulidad guardan relación con el compromiso arbitral: a) el que el laudo se refiera a cuestiones no sometidas a arbitraje o conceda más de lo reclamado, y b) el que en el procedimiento se hayan violado los procedimientos previstos por las partes para designar árbitros o constituir el tribunal.

Para evitar que se produzca la nulidad del laudo por resolver cuestiones no sometidas a arbitraje o por otorgar más de lo reclamado el análisis que el tribunal debe hacer cuando decide, en la audiencia de sustanciación, sobre su propia competencia, ha de ser completo y motivado, conforme ya he expresado. La decisión sobre la propia competencia del tribunal implica varios análisis y diversos niveles de consideraciones, todos los cuales deben ser hechos en la audiencia de sustanciación, exista o no disputa de las partes sobre la competencia del tribunal, pero con mayor razón y, por ello, con mayor profundidad, cuando existe tal

disputa. Debe considerar el tribunal que el hecho de haber recurrido ambas partes a la jurisdicción legal implica renuncia al convenio arbitral, de haber este. No debe olvidar el tribunal, de otro lado, que al existir una cláusula arbitral, de haberse planteado la acción ante la jurisdicción legal, el juez tiene la obligación de inhibirse si es que la parte demandada alega la incompetencia del juez⁶². Tampoco debe dejar de considerar el tribunal arbitral que el juez con jurisdicción legal tiene, como contrapartida, la posibilidad de plantear al tribunal un juicio de competencia, para tratar de rescatar para sí la posibilidad de decidir sobre el litigio sobre el cual una de las partes sostiene que la jurisdicción convencional carece de competencia. De allí que la decisión autónoma, ciertamente, del tribunal sobre su competencia, debe ser profundamente meditada y razonada.

Esta decisión fundamental del tribunal arbitral sobre su competencia, sustentada, conforme se ha analizado en el capítulo anterior, debe ser mantenida y cumplida en el laudo, pues en él el

⁶² La LAM no señala cuándo se ejecutaría el laudo, por lo que, salvo pacto en contrario de las partes, debe entenderse que el laudo se ejecutaría en igual término que las sentencias judiciales, esto es en tres días desde la última notificación, salvo que se plantee ampliación o aclaración del laudo, evento en el cual, la sentencia se ejecutaría dentro del término de tres días desde la notificación de tal ampliación o aclaración.

⁶³ Artículo 8° de la LAM: "Las partes pueden de mutuo acuerdo renunciar por escrito al convenio arbitral que hayan celebrado, en cuyo caso cualquiera de ellas puede acudir con su reclamación al órgano judicial competente. Se entenderá sin embargo que tal renuncia existe cuando presentada por cualquiera de ellas una demanda ante un órgano judicial, el demandado no opone, al contestar la demanda, la excepción de existencia del convenio arbitral. En el evento de haber sido propuesta esta excepción, el órgano judicial respectivo deberá sustanciarla y resolverla, corriendo traslado a la otra parte y exigiendo a los litigantes la prueba de sus afirmaciones, dentro de los tres días subsiguientes a la fecha en que se haya notificado el traslado. Aceptada la excepción debe ordenarse el archivo de la causa, en caso contrario, ejecutoriado el auto dictado por el juez, se sustanciará el proceso según las reglas generales".

tribunal no puede apartarse de lo resuelto en la audiencia de sustanciación. En otros términos, debe existir la necesaria unidad lógica y fáctica entre lo que las partes pactaron en el acuerdo de arbitraje, lo que se decide en la audiencia de sustanciación sobre los aspectos que deben resolver los árbitros en el laudo, y el contenido y alcance del laudo.

Si el tribunal se equivocó en cuanto a su propia competencia en la audiencia de sustanciación, la parte afectada con el laudo puede plantear la acción de nulidad, como también ésta puede ser propuesta si es que el tribunal decide sobre aspectos no comprendidos en su resolución sobre la competencia dictada en la audiencia de sustanciación.

El caso *Cotecna Inspection S.A. v. Corporación Aduanera Ecuatoriana (CAE)*⁶⁴ es un ejemplo muy claro: la compañía actora demandó a la CAE que se declarara “ilegal e improcedente el contenido de la resolución No. 0223 de marzo 15, 1999 emitida por el Gerente General de la CAE y, por consiguiente” que se la dejara “sin efecto”. El Tribunal arbitral rechazó la demanda, “pero aceptó una denominada reclamación subsidiaria (que no se encuentra en la demanda), dispuso que la CAE rectifique el monto de la multa impuesta y que la propia CAE mande a que COTECNA pague solidariamente con el importador (AFABA) la suma de 6.791’313.708 sucres”. La Corte Superior de Quito, luego de analizar lo que se había resuelto

en la audiencia de sustanciación sobre la competencia, dijo: “Es, pues, evidente, de toda evidencia, que el laudo resolvió sobre cuestiones que no estaban sometidas a arbitraje y, con ello, anuló todo el proceso arbitral, pues ese, y no otro, es el objetivo que persigue la acción o recurso de nulidad: que se anule lo actuado con el fin de que otro Tribunal, constituido de acuerdo con las normas pertinentes, conduzca el proceso arbitral, luego de su designación y posesión, desde la audiencia de sustanciación”.

Este fallo, pues, destaca la necesaria unidad que debe existir entre el contenido del compromiso arbitral, la resolución sobre competencia en la audiencia de sustanciación y la decisión en el laudo. La declaración de nulidad del laudo no comporta una resolución sobre el asunto o los asuntos sobre los cuales versó el arbitraje. Se limita a la declaración de nulidad que bien puede impedir que se reinicie el proceso arbitral si es que la incompetencia abarcaba todo lo concerniente al litigio, o que permita que se dicte un nuevo laudo sobre aquello sobre lo cual el tribunal sí era competente. La sentencia arriba citada, por ello, dispuso que otros árbitros dictaran, con un procedimiento nuevo desde la audiencia de sustanciación, un nuevo laudo.

La decisión del juez que resuelve sobre la nulidad del laudo fundamentada en esta causa no debe basarse únicamente en aspectos meramente formales del

⁶⁴ Corte Superior de Justicia de Quito, Quinta Sala, 4 de diciembre de 2003, Revista de Jurisprudencia (Fundación Antonio Quevedo), No. 12, pp. 249-251.

contenido de la cláusula compromisoria y de lo reclamado en la demanda o en la reconvencción sino que ha de consistir en la revisión a fondo del acuerdo arbitral, los libelos con los que se establece el contenido de la litis, la resolución sobre competencia en la audiencia de sustanciación y la decisión sobre la controversia en el laudo.

Sin embargo, la tendencia parece ser la de que basta el examen de la existencia de cláusula arbitral, sin análisis de su contenido, de la demanda arbitral (o reconvencción) y del laudo para llegar a una decisión normalmente negativa de las acciones de nulidad⁶⁵.

Situación similar se presenta cuando el tribunal concede más de lo reclamado, sea en cuanto al monto fijado de acuerdo con la cuantía de lo reclamado, sea en cuanto a la pretensión misma, como puede ser el caso en que demandándose a dos o más personas el pago de una obligación conjunta, el tribunal ordena el pago de modo solidario. El laudo no puede ordenar el pago de más de lo reclamado en la demanda. Esa la razón por la cual es obligatorio señalar una cuantía de lo que se demanda, salvo en cuanto al monto de intereses con respecto a obligaciones que los generen desde la fecha de citación de la demanda. Tampoco puede el laudo crear obligaciones que no fueron objeto de la pretensión ni agravar el contenido

⁶⁵ Eso parece desprenderse de varias decisiones del Presidente de la Corte Superior de Quito (ahora Presidente de la Corte Provincial). Demandada, por ejemplo, la nulidad del laudo dictado en el caso *Promociones Todo S.A., v. Luz Marina Levoyer*, por haberse dictado el laudo en equidad (a pesar de que se dijo que el laudo sería en derecho) y haberse resuelto sobre bases distintas del modo cómo se trabó la litis, la sentencia del juez de 3 de diciembre de 2009, se limitó a examinar si es que había concordancia entre el texto de la demanda y lo resuelto en el laudo, sin expresar motivación alguna para no pronunciarse sobre la validez del pronunciamiento en equidad, cuando se expresó que el laudo, para ser obligatorio, sería en derecho y sin dar un pronunciamiento sobre por qué el laudo pudo ser dictado sobre aspectos distintos a aquellos definidos en la audiencia de sustanciación.- De igual modo se ha resuelto, en alegado acatamiento a fallos de triple reiteración de la Corte Suprema de Justicia que el razonamiento para aceptar o negar una acción de nulidad sustentada en que se ha dado más de lo reclamado "consiste en comparar la demanda propuesta y la parte dispositiva del laudo" (Presidente Subrogante de la Corte Provincial de Pichincha, 29 de junio de 2009, *LIZAC S.A. v. OTECEL S.A.*), aspecto que no es lo único que debe ser analizado en una sentencia que resuelva sobre la nulidad de un laudo, conforme se ha indicado, a pesar de que en esta sentencia, como en otras, no hay, ciertamente, una violación al principio que precautela la voluntad de las partes como fundamento del arbitraje, esto es, en este caso no existía, ciertamente, la nulidad alegada. También se ha resuelto que "estudiado el expediente en su integridad (...) una vez que (el Tribunal) se declaró competente en la audiencia de sustanciación... conoció y resolvió las controversias originadas entre las partes concurrentes y no incurrió en ninguna de las dos alternativas que pueden causar la nulidad... contempladas en el literal "d" del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación" (Presidente de la Corte Provincial de Pichincha, 29 de marzo de 2009, *GENSIF C. Ltda. v. Cooperativa de Ahorro y Crédito CASAG*) y que "la incompetencia del Tribunal se halla vinculada a la fundamentación constante en el literal d) del Art. 31, esto es que se resolvió sin competencia más allá de lo sometido a su conocimiento y resolución. Confrontada la demanda con su contestación y la resolución o laudo arbitral, se encuentra que este último ha resuelto únicamente lo que ha sido demandado, tomando en cuenta la contestación a la demanda y las constancias probatorias existentes en el proceso" (Presidente de la Corte Provincial de Pichincha, 12 de agosto de 2009, *AFESE v. Metromedical C. Ltda.*).

de la obligación que la parte pretende se declare o se condene. La violación de este deber provoca la nulidad del laudo.

La otra causa de nulidad del laudo relacionada con el acuerdo de arbitraje es la de que en la constitución del tribunal se haya violado el convenio de las partes. La práctica más común en los acuerdos de arbitraje en el Ecuador, desde la vigencia de la LAM ha sido dejar a las normas del centro que conduzca el arbitraje administrado el mecanismo de designación de árbitros y de constitución del tribunal. Ello ha de ser respetado. Pero también debe acatarse por ser obligatorio, cualquier otra forma de designación y constitución del tribunal. Una de las formas alternativas que se ha usado en convenios de arbitraje ha sido la tradicional de que cada parte designe un árbitro y el tercero sea designado por los dos árbitros. En ocasiones se ha añadido que, de no haber acuerdo entre los dos árbitros, el tercero sea designado bien por un juez o notario o bien por el director de uno de los centros de arbitraje. Si estas estipulaciones son vulneradas o alteradas el laudo sería nulo. Este aspecto

también debe ser considerado, pues, en la audiencia de sustanciación por los árbitros, cuando exista duda acerca de la integración del tribunal. Más aún, en esa diligencia, con consulta de las partes puede sanearse cualquier defectuosa integración del tribunal, si es que ellas consienten y afirman que el tribunal se ha integrado de acuerdo con lo convenido por ellas.

Los centros de arbitraje administrado no tienen capacidad para apartarse de lo constante en el acuerdo arbitral para la designación, integración y constitución del tribunal.

En síntesis, es el acuerdo arbitral el eje fundamental sobre el cual se construye el procedimiento de arbitraje y los tribunales de arbitraje tienen la ineludible obligación de sujetarse primaria y fundamentalmente a su contenido para lo cual, salvo convenio distinto entre las partes, su resolución ha de ser tomada, con la motivación exigida por la Constitución del Ecuador, en la audiencia de sustanciación sin que pueda ser alterada posteriormente, bajo el riesgo de una eventual declaración de nulidad.

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONVENIO ARBITRAL. ALCANCES Y LIMITACIONES. EL CASO ECUATORIANO

ARMANDO SERRANO PUIG (*)

SUMARIO: 1. *Autonomía de la Voluntad*. 2. *Fundamentos de la Autonomía de la Voluntad*. Reconocimiento Legal y Constitucional. 2.1. *El Código Civil*. 2.2. *La Constitución*. 2.3. *La Ley de Arbitraje*. 2.4. *Otras leyes*. 3. *Expresión de la Autonomía de la Voluntad*. 3.1. *Capacidad*. 3.2. *Forma*. 3.3. *Quien puede emitir el consentimiento*. 4. *Alcances de la Autonomía de la Voluntad*. 4.1. *Alcance objetivo*. 4.2. *Alcance subjetivo*. 4.2.1. *En relación con las partes*. 4.2.2. *En relación con terceros*. 4.2.2.1. *Funcionarios del centro de arbitraje*. 4.2.2.2. *Mediadores*. 4.2.2.3. *Tribunal arbitral y sus miembros*. 4.2.2.4. *Extraños a las partes y al proceso*. 4.2.2.4.1. *Asistencia de la Función Judicial*. 4.2.2.4.2. *Asistencia de otros funcionarios públicos*. 4.2.2.4.3. *Otros terceros*. 5. *Limitaciones a la Autonomía de la Voluntad*. 5.1. *Objetivas*. 5.2. *Subjetivas*. 5.3. *Formales*. 5.4. *Conclusión*.

1. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Resultaría aventurado pretender crear para este ensayo una nueva definición o concepto de la expresión “autonomía de la voluntad”, luego de que autores de prestigio internacional y elevada calidad ya nos han ilustrado sobre esta materia.

Nuestro aporte, no va a estar en crear nuevas definiciones o conceptos de

la autonomía de la voluntad, ni mucho menos; va a circunscribirse a lo que es el tema de este ensayo, o sea, a tratar sobre esta autonomía en relación con el convenio arbitral, en el Ecuador.

Comencemos recordando con el publicista argentino, Dr. HUGO CHARNY¹, que “Autonomía equivale a independencia”, entendida como la “facultad de una comunidad humana de gobernarse a sí misma, mediante sus leyes propias, y por

(*) Socio de Serrano Puig Abogados, Quito, Ecuador. Ex Vocal del Tribunal Constitucional.

¹ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Bibliográfica OMEBA. Tomo I. Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 961.

autoridades elegidas de su seno”. Si bien es cierto que estos conceptos dicen relación más bien con el Estado y su facultad de auto regularse sin dependencia de potencia extranjera alguna, debemos nosotros tomarlos no en ese campo político al que se refiere el autor citado, sino más bien adoptando para entender el vocablo “autonomía” la segunda de las acepciones que consigna el Diccionario de la Lengua Española, que dice que es la “Condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”². Este concepto lleva nuestra atención al significado que de aquella palabra es para nosotros el más importante, que no es otro que el de la “libertad”, el de la “libertad del individuo”, y lo consideramos así, como el más importante, pues creemos que sólo quien es libre se halla en condición de no depender de nadie para ciertas cosas. Y hacemos esta referencia para incluir en este concepto de libertad, obviamente, la del individuo para poner en acción su voluntad con independencia de todos los demás, y con no más limitaciones que las que provengan de la ley, la moral y las buenas costumbres³, lo que nos conduce ya al tema de la autonomía de la voluntad.

Y aquí, siguiendo el pensamiento del distinguido amigo, profesor y jurista peruano, doctor FERNANDO VIDAL RAMÍREZ⁴, diremos que el individuo

manifiesta su voluntad generadora de relaciones jurídicas no solo para crearlas y regularlas, sino también para modificarlas o extinguirlas, y que esto lo hace a través de lo que en el Derecho ecuatoriano llamaríamos libertad de contratación. Es de aquí que nace la obligación –como expresamente lo dice el mencionado autor– de que el ordenamiento jurídico reconozca “eficacia suficiente a la voluntad de los sujetos cuando con ella generan y norman sus relaciones jurídicas, autorregulando sus propios intereses en ejercicio de una delegación del Derecho objetivo para hacerlo”⁵.

Tenemos, pues, que la *autonomía de la voluntad* la entendemos, entonces, como “el poder y facultad del sujeto de regular por sí mismo sus intereses y relaciones jurídicas”, en palabras del profesor argentino ACDEEL ERNESTO SALAS⁶, concepto que el citado profesor CHARNY nos aclara manifestando que “(...) la base de la teoría de la autonomía de la voluntad la constituyen dos principios esenciales: a) las partes son soberanas, mediante el acuerdo de voluntades, para crear un vínculo jurídico, con plena libertad para fijar su contenido y sus efectos; b) esta convención tiene fuerza de ley entre las partes contratantes, debiendo respetarlas y ser respetadas por los jueces llamados a resolver sus diferencias. La función judicial, en efecto, queda limitada a hacer

² *De la Real Academia Española*. Vigésima segunda edición. Tomo I. Madrid: Editorial Espasa Calpe, 2001, p. 252.

³ CHARNY, Hugo. *Op. cit.*; p. 973.

⁴ *El Acto Jurídico*. Séptima Edición. Lima, Perú: Gaceta Jurídica S.A. ISBN 978-603-4002-20-3. Septiembre de 2007, pp. 57 y ss.

⁵ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*; p. 57.

⁶ *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Bibliográfica OMEBA. Tomo I. Buenos Aires, Argentina, 1976, p. 962.

respetar y ejecutar tales convenciones como las leyes mismas, sin entrar a analizar su contenido, salvo en el caso que sus cláusulas o efectos fueran contrarios al orden público o la moral o las buenas costumbres”⁷.

La teoría de la autonomía –en el campo a que nos estamos refiriendo– sostiene esencialmente la soberanía de los individuos para reglar sus derechos mediante un acuerdo de voluntades (convención o contrato), acuerdo éste que tiene fuerza de ley entre las partes⁸; y vemos que en esto hay prácticamente consenso entre los autores y tratadistas que escriben sobre este apasionante tema, como se aprecia de la lectura de tantas obras que se han escrito sobre esta materia, de la que un ejemplo es la opinión emitida por el profesor ROCA MARTÍNEZ cuando afirma que “El arbitraje tiene su origen, indiscutiblemente, en un acuerdo (...) puede decirse que el principio base es el de la libre disposición que, referido a su aspecto de derecho jurisdiccional tiene como punto de partida el principio de oportunidad que, cuando predomina el interés individual permite la existencia de sistemas distintos de los propios de los tribunales del Estado para restaurar el interés privado violado o

desconocido”⁹. Alguna referencia hace también a esta autonomía la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, CNUDMI, en la *Nota Explicativa 31 sobre la Ley Modelo*¹⁰, y el Centro Internacional para la Resolución de Disputas (ICDR, en inglés) y la Asociación Americana de Arbitraje lo hacen más categóricamente aún, al decir que el Reglamento de Arbitraje Internacional por ellas aprobado permite el pleno ejercicio de la *autonomía de la voluntad de las partes*¹¹.

Todo lo que hasta el momento hemos dicho respecto de este tema prácticamente se resume en las siguientes palabras y conceptos de los eminentes civilistas franceses RIPERT BOULANGER, que por su claridad y precisión transcribimos íntegramente: “El principio de la libertad contractual es uno de los más importantes del Código civil (...) Este mismo principio se expresa a veces hablando de la autonomía de la voluntad. La idea es algo diferente. La libertad contractual es un principio jurídico indiscutible, ya que está dictado por la ley. La autonomía de la voluntad es una explicación filosófica de la regla y una tendencia a su mantenimiento o desarrollo. Con esto se quiere decir que la ley debe respetar las voluntades

⁷ *Op. cit.*; p. 970.

⁸ CHARNY, Hugo, *Op. cit.*; p. 968.

⁹ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, Barcelona, España: Bosch Editor, S. A., 1992, ISBN 84-7698-221-6, p. 63.

¹⁰ Comentando el artículo 19 de la Ley Modelo, en los números 31 y 32 de la *Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional*, se refiere a que las partes son autónomas para determinar las normas de procedimiento que ha de seguir el tribunal arbitral en sus actuaciones.

¹¹ AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION. *Procedimientos para la Resolución de Disputas Internacionales*.

individuales, sea porque el derecho individual de obligarse es superior a la ley, sea porque hay un interés económico y social en que los hombres reglamenten sus relaciones por su sola voluntad. Esta teoría fue defendida a este título en el siglo Xix como expresión del individualismo liberal. En la actualidad, ha perdido bastante de su favor con el desarrollo de la intervención del Estado en las relaciones privadas”¹².

Necesario es decir que la autonomía de la voluntad así comprendida no es patente que permita sobrepasar los límites obvios del respeto que todo sujeto debe a los demás, entre los que se hallan el orden público y las buenas costumbres, como acertadamente lo expresa el profesor CHARNY¹³ cuando nos dice que siempre las partes tuvieron libertad para sus convenciones particulares dentro de los límites impuestos a esa libertad por leyes de interés general. Dentro de esos límites cabe hablar de autonomía de la voluntad, pero no más allá.

En su explicación sobre la *autonomía de la voluntad*, el mismo profesor CHARNY afirma que fue LOUIS JOSSEAND, eminente jurista francés, quien se refirió al fenómeno del dirigismo contractual señalando que se produjo como reacción de los poderes públicos a la plena autonomía de la voluntad que primó como consecuencia

de la revolución liberal de 1789, lo que se tradujo en profundas reformas al Derecho Contemporáneo limitando la libertad que para las relaciones particulares dejaban los códigos, en defensa de intereses colectivos, en lo que ahora se conoce como el Derecho Social, como sucede con los contratos de trabajo y los de inquilinato¹⁴.

Y para destacar la importancia que tiene este principio en este método alterno de solución de controversias, transcribo la siguiente opinión autorizada: “El elemento más relevante del arbitraje es el valor que se reconoce a la autonomía de la voluntad, como quicio de todo el sistema arbitral (*pacta sunt servanda*)¹⁵. A través de una convención, las partes deciden sustraer el conocimiento de un litigio presente o futuro de la jurisdicción del Estado, sustituyendo la intervención de un órgano jurisdiccional público por otro privado (...)”¹⁶.

2. FUNDAMENTOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. RECONOCIMIENTO LEGAL Y CONSTITUCIONAL

2.1. El Código Civil

Es normalmente el Código Civil la fuente de la que nace este principio de la *autonomía de la voluntad*, pues es en este

¹² RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol*, Tomo I. Parte General. El Derecho - Instituciones Civiles. Buenos Aires, Argentina: La Ley, 1979, p. 424.

¹³ CHARNY, HUGO, *Op. cit.*; p. 973.

¹⁴ *Op. cit.*, pp. 970 y 971.

¹⁵ Expresión latina que significa que los pactos deben cumplirse.

¹⁶ ROMERO SEGUEL, Alejandro y DÍAZ VILLALOBOS, José Ignacio. *El Arbitraje Interno y Comercial Internacional*. Santiago, Chile: Lexis Nexis, 2007. ISBN: 978-956-719-4, p. 2.

cuerpo de leyes en el que encontramos disposiciones como la contenida en su artículo ocho, que a nuestro entender se constituye en la fuente primigenia de este principio.

En este artículo ocho, con toda claridad se contiene uno de los más importantes principios de todos cuantos informan el Derecho de cualquier sociedad políticamente organizada, y en nuestro caso, del Derecho Ecuatoriano, cuando prescribe expresamente y a la letra, que: “A nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley”. Así, con esta sencilla frase, con palabras tan claras y concisas se sienta en el Ecuador –al igual que lo fue en el Perú, pues su Código Civil de 1852 traía idéntica disposición en el artículo III de su Título Preliminar¹⁷– el principio fundamental y básico de la libertad de acción de la persona, que no encuentra otro límite que la prohibición expresa nacida también de la ley. Así se recoge en esta profunda frase aquel adagio jurídico o decir popular según el cual en derecho privado se puede hacer todo cuanto no se halle prohibido.

A lo anterior hay que agregar que el artículo 1453 del Código Civil –que es el primero del Libro IV de dicho Código, y que trata de “Las Obligaciones en General y de los Contratos”, comienza diciendo que “Las obligaciones nacen ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos y las convenciones (...)”, que es otra forma de reconocer el amplio derecho que se concede a las personas para pactar como a bien tengan, y que hoy en el Ecuador

alcanza reconocimiento constitucional, como se menciona más adelante en este mismo ensayo.

Este principio del Código Civil encuentra soporte en la disposición del literal d) del numeral 29 del artículo 66 de la Constitución de la República que se halla en vigencia, que tratando de los *derechos de libertad*, dice que “Se reconoce y garantizará a las personas (...) Que ninguna persona pueda ser obligada a hacer algo prohibido o a dejar de hacer algo no prohibido por la ley”, que es otra manera de decir, como lo dice el Código Civil, que a nadie puede impedirse la acción que no esté prohibida por la ley.

Para nosotros, dos son las columnas sobre las que se sustenta el edificio del *derecho* en el Ecuador: La primera es esta disposición del Código Civil a la que nos estamos refiriendo, recogida en su transcrito artículo ocho, y la segunda es la que se contiene en el artículo 226 de la Constitución de la República, que textualmente dice:

“Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal *ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley* (...)” (Cursiva agregada).

Y son las columnas del edificio del Derecho, pues mientras la norma del Código Civil ratificada por el artículo 66 N° 29 letra d), de la Constitución de la República consagra el principio de que en derecho privado se puede hacer todo

¹⁷ VIDAL RAMÍREZ, Fernando. *Op. cit.*; p. 64.

lo que no se halle expresamente prohibido por la ley, la norma del transcrito artículo 226 de la misma Carta Fundamental, en tratándose del Estado y sus funcionarios, sostiene exactamente el principio contrario, esto es, que ningún funcionario ni ente público puede hacer nada que no le haya sido expresamente atribuido, autorizado o mandado por la Constitución y la ley, pues como lo ha manifestado el eximio ex Arzobispo de Guayaquil, DR. JUAN LARREA HOLGUÍN, quien además ha sido uno de los más distinguidos y preclaros juristas del Ecuador, este diferente tratamiento tiene su razón de ser en que si se aplicara en materias Constitucionales y Administrativas el mismo principio del Código Civil, “en lugar de garantizar la libertad se la destruiría”¹⁸.

2.2. La Constitución

Creemos y sostenemos que la autonomía de la voluntad obtiene también claro e indiscutible reconocimiento en nuestro derecho constitucional, pues aun cuando no se diga en nuestra Carta Política en forma expresa que se reconoce el derecho de los individuos o personas a declarar y manifestar con plena autonomía su voluntad en los contratos que celebren, si lo hace con otros términos o a través de otras de sus disposiciones, como pasamos a ver.

Es bien conocido incluso en el ámbito internacional, que el Ecuador —al igual que algún otro país latino-

americano— se caracteriza por una permanente inestabilidad constitucional manifestada en la existencia, desde nuestra independencia de España, de 20 constituciones políticas comenzando por la Grancolombiana de 1821, hasta la última aprobada en referéndum en septiembre de 2008 y vigente desde el 20 de octubre de 2008.

Pues bien, de lo poco bueno que toda esta larga historia constitucional ha traído y dejado al Ecuador, está la continua, oportuna y hasta ágil modernización de la legislación fundamental ecuatoriana que, de otra manera, habría sido bastante más difícil de lograr, pues parece que siempre es más complicado reformar instituciones y preceptos recogidos en una Constitución determinada, que adoptar nuevos principios, nuevos preceptos, nuevas instituciones, nuevos derechos y nuevas garantías con la expedición de nuevas cartas fundamentales en las que se vayan incorporando los nuevos avances que en estas materias se han ido registrando en otras latitudes y países. Así, por ejemplo, podemos mencionar que en el Ecuador se abolió la esclavitud en la Constitución de 1845, que existe el divorcio desde 1902, que en la Constitución de 1906 se prohibió la prisión por deudas, que se incorporó el Derecho Laboral con todos sus enormes avances legislativos y sociales —tomado de México— en 1929, que en la Constitución de 1967 se reconoció ya la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de los hijos —eliminando la distinción que hasta ese momento había, entre hijos legítimos e ilegítimos—, etcétera, y que en este orden

¹⁸ *Compendio de Derecho Civil*. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones. 1968, p. 116.

de cosas, en la Constitución de 1998 se reconocieron ya el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos y que, por último, en la Constitución vigente se consagra, una vez más, el reconocimiento del arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos¹⁹, y que se lo hace poniéndolos en el mismo nivel que se reconoce para la justicia ordinaria o para la justicia indígena.

Y si, la Constitución actual (que se divide en títulos, éstos en capítulos y los capítulos en secciones) consagra en la Sección Octava: “Medios alternativos de solución de conflictos” de su Capítulo Cuarto: “Función Judicial y Justicia Indígena” de su Título IV: “Participación y Organización del Poder”, en el artículo 190, lo siguiente que por su importancia conviene transcribir: “Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.// En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”.

El arbitraje (nos referimos no al arbitraje forzoso para la solución de controversias colectivas de trabajo, cuya historia constitucional es bastante más antigua) alcanza y tiene ahora, entonces, en el Ecuador, como ya sucede en muchos

países, nivel y jerarquía constitucionales, y lo tiene porque así expresamente consta en la Carta fundamental sin que se precise de ninguna disquisición, elucubración o construcción doctrinaria para buscar y encontrar para el arbitraje, respaldo en un texto de la ley básica del Estado. La Carta Fundamental ecuatoriana reconoce expresamente al arbitraje, y lo hace dándole la misma e igual jerarquía que a la justicia ordinaria. Creemos, entonces, que en este caso se trata de un avance que ya tiene una importante historia de casi doce años en el Ecuador, avance que consideramos sería importante que sea adoptado también por la legislación constitucional de otros países.

Con el reconocimiento constitucional al arbitraje se está consagrando tácitamente el principio de la autonomía de la voluntad, y somos del criterio de que ninguna otra declaración de voluntad de un sujeto manifiesta más plenamente la autonomía de su voluntad que el convenio arbitral que celebre, pues por él retira a la justicia ordinaria y a sus órganos la facultad de dirimir y resolver sus conflictos.

Pero además de ratificar, entonces, que con el reconocimiento expreso que del arbitraje contiene la Constitución de la República del Ecuador se reconoce también, implícitamente, la autonomía de la voluntad, debemos destacar que además encontramos en ella el reconocimiento expreso a otro derecho de trascendencia enorme para lo que es el tema de que estamos tratando.

¹⁹ Artículo 190.

En efecto, el Título II de esta nueva Constitución de la República trata de los “Derechos”, y en su Capítulo Sexto desarrolla los en esta Carta Política llamados “Derechos de Libertad”, entre los que, en el artículo 66, se dice que “Se reconoce y garantizará a las personas (...) 16. El derecho a la libertad de contratación”. Si, así sencilla y simplemente, sin ninguna restricción ni limitación expresa —como ocurría en la Constitución de 1998 y como ocurre en la legislación constitucional de la mayoría de los países— se reconoce al derecho a la libertad de contratación. En la Constitución anterior, en la de 1998, en el artículo 23 se decía: “Sin perjuicio de los derechos establecidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales vigentes, el Estado reconocerá y garantizará los siguientes: 18. La libertad de contratación, con sujeción a la ley”.

A simple vista se advierte la diferencia, profunda a nuestra manera de ver, entre los dos textos constitucionales, ya que mientras el de 1998 supeditaba el derecho a la libertad de contratación a lo que disponga la ley, lo que implicaba que tal derecho se encontraba amparado pero solo en tanto en cuanto se lo ejerza *con sujeción a la ley*, hoy, en cambio, su reconocimiento constitucional no encuentra aquel límite de la ley, lo que significa que sus límites no serían otros que los de la misma Carta Fundamental, el orden público y las buenas costumbres. Se debe tener en cuenta para comprender

de mejor manera el alcance de esta nueva normativa, que la misma nueva Carta Política dispone, en primer lugar, que “Ninguna norma jurídica podrá restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales”²⁰, y que “Todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía”²¹, esto es, que la propia Constitución prohíbe que los principios que consagra puedan ser restringidos por una norma legal que en todo caso siendo inferior a la Constitución no puede reformarla y peor restringirla; y, además, se dispone también en forma expresa que todos los derechos que reconoce tienen el mismo nivel de importancia, por lo que ningún derecho se halla por sobre otro, debiendo ser aplicados mediante un procedimiento ahora llamado de “ponderación”.

Haciendo una especie de paréntesis en el tratamiento de nuestro tema principal y a modo de alumbrar el entendimiento de lo que está sucediendo con la nueva Carta Constitucional ecuatoriana —en este caso referido al *derecho a la libertad de contratación* que reconoce en forma más amplia y menos limitada que lo que hacía la Constitución de 1998—, me permito citar al constitucionalista colombiano CARLOS BERNAL PULIDO, quien en su ensayo: “*Refutación y defensa del Neoconstitucionalismo*”, recogido en la muy importante obra colectiva: “*Teoría del Nuevo Constitucionalismo*”, editada por el publicista mexicano MIGUEL CARBONELL²²,

²⁰ Artículo 11, principio 4°.

²¹ Artículo 11, principio 6°.

²² *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid, España: Editorial Trotta, S.A., Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, 2007. ISBN: 978-84-8164-928-4, p. 290.

resumiendo el pensamiento de LUIS PRIETO SANCHÍS, afamado pensador de estas nuevas tendencias, dice que: “(...) el neoconstitucionalismo se caracteriza por la defensa simultánea de las siguientes tesis atinentes a la Constitución y a su interpretación: 1. La Constitución **es material** (...) 2. (...) **es garantizada**. Su protección se encomienda a los jueces. 3. (...) **es omnipresente**. Los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva que irradia todo el sistema jurídico (...) regula plenamente la legislación ‘En la constitución de los derechos no hay espacios exentos para el legislador porque todos los espacios aparecen regulados’. 4. (...) establece una **regulación principalista** (...) es abierta y ‘habla con muchas voces’, pero el legislador y el juez escuchan la misma voz. 5. (...) **se aplica mediante la ponderación** (...) construye una jerarquía móvil (...) es decir, establece cual de los principios debe preceder de acuerdo con las circunstancias del caso concreto. 6. (...) implica negar la posibilidad de estructurar un ‘modelo geográfico’ de relaciones entre la Constitución y la legislación, en el cual la frontera entre los derechos fundamentales y la ley aparezca claramente delimitada y existan unos límites infranqueables por el Legislador (...) Por ello mismo, **o un caso es legal o es constitucional**. 7. (...) implica, más bien, la existencia de un modelo argumentativo de relaciones entre la Constitución y la legislación (...) no distingue el mundo de la legislación del mundo constitucional (...) tampoco elimina la libertad legislativa de regulación. Solamente la somete a la prohibición de arbitrariedad (...) es decir, impone al legislador el **deber de fundamentar**

todas las restricciones a los derechos fundamentales (...) la relación entre Constitución y legislación no puede estructurarse con base en la división entre materias unas constitucionales y otras legales, sino en ‘**círculos de competencias**’”.

Se entiende, entonces, que este derecho a la libertad de contratación no tenga hoy la misma limitación que antes tuvo, de ejercerse *con sujeción a la ley*, pues ahora su interpretación está sujeta a la ponderación frente a otros derechos protegidos constitucionalmente en relación con el caso que se estudie al momento en que deba de ser interpretado, para ver cuál de todos estos derechos constitucionales debe prevalecer sobre el otro u otros. Claro, esto puede dar lugar a enormes abusos y, sobre todo, a una grave inseguridad jurídica, pues nunca nadie sabrá con anterioridad y a ciencia cierta cuál es el derecho que en el caso determinado deba prevalecer sobre otro u otros, además de que posible sería que eventualmente y por esta vía de la ponderación se pueda llegar a establecer que incluso derechos tan fundamentales como a la vida o a la libertad, queden relegados a un segundo plano frente a algún otro derecho.

2.3. La Ley de Arbitraje

Pero a más del reconocimiento constitucional al que ya nos hemos referido, en el Ecuador el arbitraje (y con él el principio de la autonomía de la voluntad) ha sido reconocido y regulado por la legislación secundaria (frente a la Constitución) desde hace ya largo tiempo, primero por el Código de Procedimiento

Civil (antes, de Enjuiciamiento Civil) que en uno de sus últimos capítulos o secciones trataba del “*Juicio por arbitraje*”²³; luego, en octubre 23 de 1963 se puso en vigencia la Ley de Arbitraje Comercial, que significó un importante paso adelante en el desarrollo del arbitraje al hacerlo más sencillo, ágil y claro y, sobre todo, al haber impuesto a los directorios o juntas directivas de las cámaras de comercio –organizadas– de las ciudades capitales de provincia, la obligación de formular en el mes de enero de cada año, una lista de veinte árbitros, para que integren los tribunales de arbitraje, y al crear nuevas normas procesales para la presentación y contestación de demandas de esa naturaleza, y su trámite. Esta es la ley que dio paso a que algunos años después de su expedición se crearan los primeros centros de arbitraje en las cámaras de comercio Quito y Guayaquil. Debe dejarse constancia de que pese a la existencia de esta Ley de Arbitraje Comercial, el arbitraje siguió casi totalmente estancado, habiéndose presentado en estos centros de arbitraje unos muy pocos casos que fueron tramitados y resueltos con las normas de esta Ley de Arbitraje Comercial.

Posteriormente se dictó la moderna y actual Ley de Arbitraje y Mediación, promulgada en el Registro Oficial N° 145 del 4 de septiembre de 1997, que es la que se encuentra en actual y pujante vigencia y que fue profundamente influida –como la prácticamente totalidad de las últimas leyes de arbitraje que se han expedido en el mundo– por la Ley Modelo de la CNUDMI, y con la cual podemos decir sin temor a equivocarnos que el arbitraje,

en el Ecuador, no sólo que ya despegó, sino que se encuentra en pleno vuelo y tomando cada vez mayor altura y vigencia. Claro, hay opiniones distintas –que respetamos– según las cuales el arbitraje se encuentra en el Ecuador aún muy adormecido y sin mayor trascendencia, y que opinan así diciendo que en el país se procesan todavía muy pocos arbitrajes al año y porque quisieran ver los centros de arbitraje llenos de causas. Bueno, también nosotros quisiéramos verlos así, pero sin embargo somos de la opinión contraria, pues nos parece que procesar un promedio de 80 causas al año en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito (que es el más activo), algo como la mitad o poco más en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Guayaquil, tal vez una decena en el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Ecuatoriana Americana y otro tanto en el Centro Nacional de Mediación y Arbitraje de la Cámara de la Construcción CENAMACO, etcétera, es baste más, es muchísimo más de lo que teníamos hasta que se dictó la Ley de Arbitraje y Mediación en vigencia. Y los casos de arbitraje van en aumento, lento pero constante, lo que implica que va ganando prestigio en la sociedad que, por ello, no duda ya de incluir convenios arbitrales en muchísimos de los contratos que se suscriben.

2.4. Otras Leyes

Pero también halla sustento el arbitraje en leyes como la de la Procuraduría

²³ Sección 30ª del Título II del Libro Segundo, en la codificación del 18 de mayo de 1987.

General del Estado, que remitiéndose a este sistema alternativo de solución de controversias lo hace para regular la participación del Ministerio Público en representación del Estado y sus entidades, en procesos arbitrales en que deban de intervenir el Estado o sus instituciones²⁴; o en el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial, en el que se incluyen al arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos, como una forma de servicio público a la comunidad, al igual que declara que lo es la administración de justicia por la Función Judicial²⁵.

Es importante señalar que la también nueva Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública consigna, en su capítulo de “La Solución de Controversias”, como primer mecanismo de hacerlo, los procedimientos de mediación y arbitraje en derecho, y sólo para el caso de que las partes no se pongan de acuerdo en acudir a estos sistemas alternativos de solución de controversias, prevé la posibilidad de que la controversia se ventile en sede judicial y en trámite de la jurisdicción contencioso administrativa²⁶. Es, pues, entonces, una ley que soporta y promueve de muy buena forma al arbitraje.

Se debe mencionar de manera destacada a la Ley General de Seguros, pues ella obliga a las aseguradoras a que en el formulario de pólizas de seguros se incluya la opción de las

partes de someter a decisión arbitral o mediación las diferencias que se originen en el contrato o póliza de seguros²⁷, aun cuando pese al número siempre muy grande de pólizas que se emiten año tras año en la práctica no lleguen a los centros arbitrales controversias que deban ser solucionadas por este sistema. Creemos que la autoridad de control de las aseguradoras debería intervenir —en ejercicio de las facultades que la ley le concede para ello— velando porque en las pólizas se contengan cláusulas arbitrales bien redactadas, que conduzcan a que en caso de controversia puedan las partes solucionarla a través del arbitraje, que en nuestra opinión es la solución inteligente a los problemas.

En la Ley de Propiedad Intelectual se contienen importantes disposiciones sobre arbitraje, como aquella por la cual se faculta al Instituto Ecuatoriano de Propiedad Intelectual, I.e.p.I (que es una institución del Estado), a suscribir el respectivo convenio arbitral sin consultar con el Procurador General del Estado, obviando este trámite que en determinados casos puede ser un importante obstáculo burocrático para la suscripción del convenio arbitral²⁸.

La ley de Hidrocarburos contempla la posibilidad de que las controversias derivadas de los contratos regidos por esa misma ley puedan ser resueltas por arbitraje²⁹; igual sucede con la Ley de

²⁴ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, artículos: 3, 5 y 11.

²⁵ Artículo 17.

²⁶ Artículos 104 y 105.

²⁷ Artículo 25.

²⁸ Artículo 374.

²⁹ Artículo 10.

Minería, que prevé que las controversias nacidas de los contratos de explotación minera puedan someterse a una instancia de arbitraje en Latinoamérica, limitando en este caso el arbitraje internacional a una sede en este subcontinente³⁰, porque más o menos así lo manda —o al menos parece que esa fue la intención del legislador constitucional— la nueva Carta Política³¹.

La Ley de Mercado de Valores contiene varias e interesantes menciones al arbitraje, como las que autorizan que las controversias entre los participantes en el mercado de valores, o los conflictos entre las partes de los fideicomisos mercantiles, puedan someterse a arbitraje³²; o las que impiden que quienes hubieren incumplido un laudo arbitral y mientras esté pendiente la obligación, puedan representar al sector privado ni ser delegados de los miembros del sector público ante el Consejo Nacional de Valores, ni ser miembros del comité de inversiones de una sociedad administradora de fondos y de fideicomisos³³; o ya también la

que autoriza a solicitar la sustitución de la fiduciaria que hubiere incurrido en dolo o culpa leve declarados en laudo arbitral³⁴; la que establece como causa de terminación del fideicomiso el laudo arbitral que lo declare³⁵; y, la que exige que conste convenio arbitral en el contrato de emisión de obligaciones, en el caso de haberse pactado solución arbitral a las controversias³⁶.

Varias otras leyes menos importantes que sería largo enunciar, reconocen también la autonomía de la voluntad previendo la posibilidad de que las controversias que en ellas se avizoran puedan ser resueltas por arbitraje, pero ya nos las citamos una por una porque consideramos que no aporta nada más el hacerlo en esta oportunidad.

3. EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Remitiéndose el profesor CHARNY a la *teoría de la declaración de voluntad* y

³⁰ Artículo 41.

³¹ El artículo 422 de la Constitución de la República dice: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. // Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia. // En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional”.

³² Artículos 235 y 124, en su orden.

³³ Artículos 7 y 106 literal a), respectivamente.

³⁴ Artículo 127, letra f).

³⁵ Artículo 134, letra f).

³⁶ Artículo 164, letra l).

el *Código civil alemán*, dice que “(...) la voluntad puramente interior no interesa al contrato”, pues es la “declaración de voluntad el hecho constitutivo del consentimiento”³⁷, y luego afirma que “(...) lo que preside el nacimiento del acto jurídico y permite valorar su alcance es la declaración del agente y no la voluntad interna. No tiene en cuenta para nada dicha voluntad subjetiva. Lo único válido es su exteriorización mediante la declaración”³⁸.

Queda claro que la sola voluntad del sujeto, si no se ha manifestado o exteriorizado en un contrato, no surte ningún efecto ni pasa de ser solamente eso: una voluntad interior que no trae ni produce consecuencias por no ser constitutiva de derechos ni obligaciones.

Se requiere, entonces, para que la autonomía de la voluntad sea tal, que haya sido expresada en un contrato por el que un sujeto se relacione con otro reglando sus intereses, sus derechos y sus obligaciones, en los términos y con las condiciones que hubiere libremente convenido o pactado, dentro de los límites que ese contrato permite, que, por lo antes visto, no son otros que los que pueden nacer de derechos consagrados en la Constitución y que puedan afectar a terceros luego del ejercicio de la *ponderación* en la interpretación del caso a la luz de la nueva Constitución ecuatoriana; el orden público –también el que corresponde

según el marco constitucional– y las buenas costumbres.

Pese a tratarse de una verdad de Perogrullo, debemos mencionar que la base del arbitraje es, precisamente, el convenio arbitral, esto es, la expresión de la autonomía de la voluntad de dos o más sujetos o personas que por él deciden retirar del ámbito y competencia de la justicia ordinaria la solución de una o más controversias que se hubieran presentado o pudieran eventualmente presentarse.

Por ello, discurriendo sobre la expresión de la autonomía de la voluntad consideramos necesario hacerlo tratando primero sobre la capacidad que se requiere para expresarla, pero obviamente circunscrita a la manifestación del consentimiento en el convenio arbitral, para luego referirnos a la forma de hacerlo.

3.1. Capacidad

Para celebrar un convenio arbitral se precisa de la concurrencia de al menos dos elementos: “Capacidad de las partes para contratar y emisión del consentimiento”, dice la autora española ALICIA BERNARDO SAN JOSÉ³⁹, quien, luego y remitiéndose a la Ley de Arbitraje española (de 5 de diciembre de 1988), afirma que como esta ley no contiene una norma específica que establezca los requisitos de capacidad que han de cumplir las partes de un convenio arbitral, significa, entonces, que son

³⁷ CHARNY, Hugo. *Op. cit.*; p. 969.

³⁸ CHARNY, Hugo. *Op. cit.*; p. 969.

³⁹ “*Arbitraje y Jurisdicción. Incompatibilidad y vías de exclusión*”, Granada, España: Editorial Comares S.L., 2002, ISBN: 84-8444-451-1, p. 21.

aplicables los requisitos generales que para los contratos trae la ley española, y básicamente, “la necesidad de que las partes que acuden al arbitraje tengan la libre disposición del objeto sobre el que recae la controversia”⁴⁰, con la salvedad de que “la facultad de someter en nombre de otro la decisión de las controversias a arbitraje exige mandato expreso”⁴¹. Dice, además, poco más adelante en esta su obra a la que aludimos, que también pueden ser incapaces de otorgar un convenio arbitral pese a contar con capacidad general de obrar, quienes por alguna circunstancia se encuentren desprovistos de la libre disposición de aquel derecho, y que, por consiguiente, para la validez del convenio arbitral se requiere que las partes tengan la capacidad general para obrar y también “la libre disponibilidad del objeto sobre el que recae la controversia o aptitud física para poder comprometer”⁴².

En el caso ecuatoriano las cosas son algo diferentes, entonces, a lo que acontece en España. Primero, la Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación establece como principio general, que “pueden someterse al arbitraje regulado por esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma”⁴³. Nada menciona nuestra ley sobre la libre disponibilidad del objeto sobre el que

recae la controversia, como lo hace la ley española. Sólo exige, bajo sanción de nulidad, la capacidad para transigir, no que la controversia recaiga sobre bienes de libre disponibilidad, como la ley española; pero la ley ecuatoriana exige, en cambio, para poder transigir, la capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción⁴⁴. Es pertinente indicar que de conformidad con lo prescrito por el artículo 2045 del Código Civil, la facultad de transigir no comprende la de comprometer, ni viceversa.

Regula, luego, dentro de la *capacidad para acudir al arbitraje*, los requisitos que, también bajo sanción de nulidad, deben cumplir las entidades que conforman el sector público ecuatoriano para poder someterse al arbitraje, el primero de lo cuales exige que el convenio arbitral sea pactado con anterioridad al surgimiento de la controversia; y, para el evento de que cuando ha surgido la controversia se quiera firmar el convenio, exige que se consulte al Procurador General del Estado, cuyo dictamen debe ser cumplido obligatoriamente, obviamente obligatorio sólo para la entidad que consulta y no para su contraparte en la controversia a resolver por arbitraje.

El segundo requisito es que la relación jurídica a la que se refiera el convenio sea de carácter contractual⁴⁵, lo que deja

⁴⁰ *Op. cit.*; p. 22.

⁴¹ *Op. cit.*; p. 22.

⁴² *Op. cit.*; p. 23.

⁴³ Artículo 4.

⁴⁴ Código Civil, artículo 2349.

⁴⁵ El principio general que se fija en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, en el que se define al convenio arbitral, es el de que el arbitraje está abierto a cualquier controversia que haya surgido o pueda surgir de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

a los entes estatales sin la posibilidad de acudir al arbitraje por la responsabilidad extracontractual de la que pueda surgir una controversia, como pueden ser los mismos actos de administración pública que como parte de la potestad estatal correspondan a tal ente público, así como tampoco podrían suscribir un convenio arbitral para por esta vía alternativa solucionar un problema de responsabilidad civil extracontractual por cuasidelitos, como podría ser, por ejemplo, la que surja de un accidente que dañe a un tercero –particular– sin culpa del ente público, pero sí sujeto a su responsabilidad. Exige, luego y como tercer requisito, que en el convenio arbitral se incluya la forma de selección de los árbitros y, como cuarto y último requisito, que el convenio arbitral sea firmado por el personero autorizado a contratar a nombre de la institución estatal de que se trate.

Y para el caso de arbitraje internacional en que deba de intervenir un ente público, la Ley de Arbitraje y Mediación exige la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución de que se trate, que para poder darla requiere en todos los casos del informe favorable previo del Procurador General del Estado, excepto en aquellos en los cuales el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales⁴⁶.

Como la Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación no exige para poder celebrar

convenio arbitral otro requisito que el de tener capacidad para transigir, al igual que en España, en la ley de 1988 –al decir de ALICIA BERNARDO SAN JOSÉ–, son aplicables los requisitos generales de capacidad que trae el Código Civil, por lo que debemos decir, en primer lugar, que el principio general del Código Civil ecuatoriano es el de que “*Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces*”⁴⁷, ante lo cual debemos precisar que la expresión: “*excepto las que la ley declara incapaces*”, se refiere a la capacidad de ejercicio, mas no a la de goce, pues, como enseña MESSINEO, “el principal atributo de la personalidad del sujeto y de su existencia para el derecho, está constituido por su capacidad jurídica, o capacidad de derechos, que es la aptitud (o idoneidad) para ser sujeto de derechos subjetivos en general”, de donde la capacidad jurídica es atributo inseparable de la persona humana, por lo que no se conciben seres humanos que no estén dotados de la capacidad jurídica, que se la adquiere por el hecho mismo del nacimiento, que acompaña al sujeto durante toda su existencia y que solo termina con la muerte del ser humano⁴⁸. De todo esto concluye MESSINEO, que “*la capacidad jurídica es la regla*”, y que el ordenamiento jurídico no puede privar de la capacidad jurídica general al sujeto, pronunciamientos con los que coinciden varios tratadistas: El ilustre ecuatoriano LARREA HOLGUÍN, cuando afirma que por definición toda persona tiene capacidad

⁴⁶ Artículo 42.

⁴⁷ Esto es lo que dice el Art. 1462.

⁴⁸ MESSINEO, Franceso. *Manual de Derecho Civil y Comercial, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Tomo II, Doctrinas Generales*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Jurídicas Europa - América, 1979, pp. 99 y 100.

de goce, pero que no toda persona tiene capacidad de ejercicio⁴⁹; el preclaro chileno don LUIS CLARO SOLAR, para quien “La capacidad Civil consiste en la aptitud legal de las personas para el goce y el ejercicio de los derechos civiles”⁵⁰; el profesor catalán LUIS PUIG FERRIOL, que afirma que “la capacidad jurídica de la persona es una cuestión que afecta al orden público, y por ello está fuera del ámbito de la autonomía de los particulares”⁵¹; el también ecuatoriano LUIS FELIPE BORJA, cuando dice que: “La aptitud para ejercer derechos o contraer obligaciones es lo que se denomina capacidad (...)”⁵²; los ya citados autores franceses: GEORGE RIPERT y JEAN BOULANGER, que dicen que por el simple hecho de existir, ya toda persona tiene derechos y asume obligaciones, que “*La capacidad es la regla*” y que se necesita de una disposición legal para privar a una persona de ciertos derechos y de la participación en la vida jurídica, y que “*la incapacidad es la excepción*”, y varios otros.

Todos los autores consultados coinciden en que la capacidad jurídica la tiene todo ser humano desde su nacimiento, y que esta capacidad reviste dos formas: Capacidad de goce y capacidad de ejercicio. Que la capacidad de goce es connatural al ser humano y de ella no se le puede privar ni siquiera por acto

legislativo, pues nace con el hombre y se extingue con él. Que es la capacidad de ejercicio la que puede ser limitada, y que en efecto sus limitaciones obedecen a diversas causas o motivos, como pueden ser la edad, la nacionalidad, el estado de salud del sujeto, su conducta, etcétera, siendo ejemplos de estas limitaciones que existen en prácticamente todos los países, las que constan en la lista del artículo 1463 del Código Civil ecuatoriano, cuando dice que “Son absolutamente incapaces los dementes, los impúberes y los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito”, y que “también son incapaces los menores adultos, los que se hallan en interdicción de administrar sus bienes, y las personas jurídicas”, pero que la incapacidad de estas últimas personas no es absoluta y sus actos pueden valer en ciertas circunstancias. La verdad es que no hay nadie que pueda tener incapacidad de goce, y que por tanto las limitaciones prescritas por el aludido artículo 1463 del Código Civil son en realidad limitaciones que afectan sola y únicamente a la capacidad de ejercicio, esto es, a la capacidad de obrar, pero no a la capacidad de goce, pues en el Ecuador no existe la muerte civil que es la que podría dar lugar a que alguien carezca en absoluto de esta capacidad, con lo cual el individuo a quien así se sancione carecería incluso

⁴⁹ LARREA HOLGUÍN, Juan. *Derecho Civil del Ecuador*. Tomo I. Parte General y Personas. Tercera Edición. Quito, Ecuador: Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 174.

⁵⁰ *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Vol. V. Tomo Undécimo, De las obligaciones, II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1979, p. 22.

⁵¹ *Fundamentos de Derecho Civil*. Tomo I. Vol. I. Primera parte. Parte General: Sujeto y Objeto del Derecho (Publicado en la obra de JOSÉ PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*). Barcelona, España: Bosch, Casa Editorial S. A., p. 261.

⁵² *Estudios sobre el Código Civil Chileno*, Título Primero (Título Preliminar). Paris: A. Roger y F. Chernoviz Impresores-Editores, 1901, p. 310.

del derecho a la vida, a la libertad, a la dignidad del ser humano, etc., lo que en la evolución actual del Derecho no es posible ni siquiera para imaginarlo, al menos en sociedades políticas —estados— modernas en las que se respeten los más básicos derechos humanos y el gobierno no se encuentre en manos de tiranos, aventureros, demagogos irresponsables.

En definitiva, la capacidad de goce es, por tanto, la aptitud del sujeto de derecho para ser titular de derechos y de deberes u obligaciones, y la capacidad de ejercicio es la posibilidad de adquirirlos o de contraerlos mediante la celebración de actos jurídicos por sí mismo, enseña VIDAL RAMÍREZ⁵³, y así diferenciamos o distinguimos la capacidad jurídica.

Siguiendo, entonces, las reglas generales de capacidad que trae el Código Civil, podemos decir, en primer lugar, que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad —el convenio arbitral lo es— es necesario que sea legalmente capaz, que consienta en dicho acto o declaración, que su consentimiento no esté viciado, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa igualmente lícita⁵⁴; luego, decir que toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas que se trata de dar, hacer o no hacer⁵⁵ —el convenio arbitral contiene una obligación de hacer y una obligación de no hacer—; en tercer lugar, señalar que se encuentran

habilitados para transigir y, por tanto, para celebrar convenio arbitral, todos quienes, siendo personas naturales, hubieren alcanzado la mayoría de edad, esto es, que hubieren cumplido 18 años, con excepción de aquellos a quienes la ley declara incapaces (incapacidad de ejercicio, mas no de goce), según lo vimos en líneas anteriores, y que tengan capacidad de disponer de los objetos comprendidos en la transacción⁵⁶. Esta capacidad de disposición de los bienes comprendidos en la transacción, es la que básicamente tiene el propietario de ellos, pues sólo el titular de un derecho puede disponer de él, y, por consiguiente, nadie puede disponer de los derechos ajenos⁵⁷.

Las personas jurídicas, no teniendo plena capacidad de ejercicio precisamente por ser personas morales fruto de una ficción del derecho que atribuye personalidad a una realidad no física sino apenas ideal y jurídica, pueden celebrar convenio arbitral si lo hacen actuando a través o por intermedio de su representante legal, teniendo por tal a quien de conformidad con la ley deba representarlas, o ya también a quien —en ausencia de señalamiento legal expreso— su ordenamiento jurídico interno (vale decir: contrato social, estatutos, ordenanza, etc., según la naturaleza de la persona jurídica de que se trate, bien sea de derecho público o de derecho privado) le conceda esta facultad. En todo caso, las personas jurídicas tienen en lo referente a la adquisición

⁵³ *Op. cit.*; p. 112.

⁵⁴ Código Civil, artículo 1461.

⁵⁵ Código Civil, artículo 1476.

⁵⁶ Artículo 2349.

⁵⁷ MESSINEO, Francesco, *Op. cit.*; p. 105.

de los derechos patrimoniales, la misma capacidad que las personas naturales, compatibles con su naturaleza de seres abstractos, meras ficciones legales⁵⁸.

3.2. Forma

En términos generales debemos decir que la autonomía de la voluntad puede expresarse a través de cualquier medio o forma, lo importante es que se exprese, que se manifieste hacia terceros, y esta manifestación puede hacerse –como normalmente todo contrato–, en forma expresa o tácita, si es expresa puede ser verbal o escrita, la escrita lo puede ser en documento único (contrato) o epistolar, y puede también ser por instrumento público o privado.

Pero tratando de la autonomía de la voluntad circunscrita al convenio arbitral, y centrándonos en lo que manda la Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación, comenzamos diciendo que el artículo 5 de esta Ley define al contrato o convenio arbitral diciendo que *“es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias...”* (la cursiva es nuestra).

En cuanto a la forma del convenio arbitral, en el artículo 5 antes transcrito se exige que sea escrito, por lo que si no es escrito, sencillamente no existe, esto es, que ni siquiera es nulo ni anulabe,

sino que no es, no existe y, por ende, no puede surtir efecto ni obligación alguna de ninguna clase. Lo que no existe no se puede exigir que se cumpla, que se pruebe. Y si no existe convenio arbitral escrito, entonces, jurídicamente no existe convenio arbitral para los hechos ni menos para el derecho.

Luego, el artículo 6 de la misma ley exige un poco más. Exige que el convenio escrito se halle firmado por las partes, y esto no es ya verdad de Perogrullo, pues nuevas leyes de arbitraje de varios países, siguiendo la Ley Modelo de la CNUDMI, permiten y sancionan positivamente el convenio arbitral tácito, que es aquel que se produce en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra⁵⁹, sistema del que nuestra ley se apartó exigiendo únicamente documento escrito y firmado como requisito de forma cuya omisión implica inexistencia de convenio. Y contempla la posibilidad y permite que el documento pueda ser no solamente único –esto es, uno sólo, como sucede normalmente cuando se inserta como cláusula dentro de un contrato al cual se incorpora–, sino que le otorga el carácter de convenio también al cruce de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito, pero siempre que deje constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje⁶⁰. Lo que la

⁵⁸ CLARO SOLAR, Luis, *Op. cit.*; p. 45.

⁵⁹ Ley Modelo de la CNUDMI, artículo 7 2).

⁶⁰ Sigue así, la ley ecuatoriana, el sistema previsto en el artículo 7 2) de la Ley Modelo, de buscar la constancia del documental del acuerdo.

ley exige, entonces, es que el convenio arbitral conste por escrito, que se halle firmado por las partes, que contenga su voluntad cierta y clara de someterse al arbitraje y que haya constancia documental de tal voluntad. Esto último, más que como requisito de validez, como medio de prueba de la existencia del convenio arbitral. Pero dejemos en claro que todo esto debe suceder y darse en forma previa a la traba de la *litis*, porque precisamente el convenio tácito es el que se da con la demanda y contestación, y cuando además cumple con los requisitos ya referidos, es decir: es escrito, lleva la firma de las partes y contiene la voluntad de ir al arbitraje, al menos esta es la voluntad que expresa una de las partes, generalmente en la demanda, y también la otra parte cuando al contestarla no se opone al arbitraje. Ahí se configura la voluntad tácita.

El texto del artículo 6 de Ley de Arbitraje y Mediación conduce a la siguiente pregunta como consecuencia del desarrollo tecnológico actual: ¿Se podría tener como convenio arbitral completo, legítimo y por tanto existente y válido a todos los efectos legales pertinentes, un documento electrónico único que incorpore firma electrónica de las partes, o ya también un cruce de comunicaciones electrónicas que incorporen firma

electrónica de las partes, conviniendo en arbitraje? Recordemos que el artículo 6 de la ley dice: “intercambio de cartas o de cualquier otro medio de comunicación escrito”.

Respondemos esta pregunta diciendo que ¡Sí!, pero un si condicionado a que se cumplan los requisitos que exige la Ley de Comercio Electrónico, Firmas y Mensajes de Datos⁶¹. Y hemos dicho si, por cuanto la Ley de Comercio Electrónico prevé que los mensajes de datos tendrán igual valor jurídico que los documentos escritos⁶²; que cuando la ley requiera u obligue que la información conste por escrito⁶³, este requisito quedará cumplido con un mensaje de datos, siempre que la información que contenga sea accesible para su posterior consulta⁶⁴; que se entiende como firma electrónica los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, adjuntados o lógicamente asociados al mismo, y que puedan ser utilizados para identificar al titular de la firma en relación con el mensaje de datos, e indicar que el titular de la firma aprueba y reconoce la información contenida en el mensaje de datos⁶⁵; que la firma electrónica tendrá igual validez y se le reconocerán los mismos efectos jurídicos que a una firma manuscrita en relación con los datos consignados en documentos escritos, y será admitida como prueba en juicio⁶⁶;

⁶¹ Aprobada por el Congreso Nacional como Ley N° 67 y promulgada en el Suplemento del Registro Oficial N° 557, de 17 de abril de 2002.

⁶² Artículo 2.

⁶³ Es lo que ordena el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que dice que “*El convenio arbitral es el acuerdo escrito*” y más adelante exige nuevamente que “*conste por escrito*”.

⁶⁴ Artículo 6.

⁶⁵ Artículo 13.

⁶⁶ Artículo 14.

que el perfeccionamiento de los contratos electrónicos se someterá a los requisitos y solemnidades previstos en las leyes y se tendrá como lugar de perfeccionamiento el que acordaren las partes⁶⁷; que cuando las partes pacten someter las controversias a un procedimiento arbitral en la formalización del convenio de arbitraje como en su aplicación, podrán emplearse medios telemáticos y electrónicos, siempre que ello no sea incompatible con las normas reguladoras del arbitraje⁶⁸; que los mensajes de datos, firmas electrónicas, documentos electrónicos y los certificados electrónicos nacionales o extranjeros, emitidos de conformidad con esta ley, cualquiera sea su procedencia o generación, serán considerados medios de prueba, y que para su valoración y efectos legales se observará lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil⁶⁹; que la prueba se practicará de conformidad con lo previsto en el Código de Procedimiento Civil y observando normas como la de que al presentar un mensaje de datos dentro de un proceso judicial se deban adjuntar el soporte informático y la transcripción en papel del documento electrónico, así como los elementos necesarios para su lectura y verificación, cuando sean requeridos; que de impugnarse el certificado o la firma electrónica y a petición de parte, deberá ordenar a la entidad de certificación de información correspondiente remitir

los certificados de firma electrónica y documentos en los que se basó la solicitud del firmante, debidamente certificados⁷⁰; y, que en la valoración de la prueba se podrán emplear los métodos que aconsejen la técnica y la tecnología, que en todo caso se la someterá al libre criterio judicial, según las circunstancias en que hayan sido producidos, y que para la valoración de las pruebas, el juez o árbitro competente que conozca el caso deberá designar los peritos que considere necesarios para el análisis y estudio técnico y tecnológico de las pruebas presentadas⁷¹.

Pero claro, este sistema electrónico (incluye el fax) no lo puede emplear sino quien tenga certificada su firma electrónica en la forma que prevé la Ley de esa materia, a los efectos de dotarle de seguridad y certeza jurídicas a este sistema de información y de comunicación que implican las nuevas tecnologías aplicadas en este campo.

Hay autores que destacan que la evolución del arbitraje comercial ha apuntado hacia una liberalización de formas (o más bien, su eliminación como requisito de eficacia), y hacen énfasis en apuntar que las tendencias legislativas y de interpretación jurisprudencial confirman esta afirmación⁷², lo que de alguna manera es suscrito también por el catedrático de Derecho Procesal, de la

⁶⁷ Artículo 46.

⁶⁸ Artículo 47, tercer inciso.

⁶⁹ Artículo 52.

⁷⁰ Artículo 54.

⁷¹ Artículo 55.

⁷² GRAHAM TAPIA, Luis Enrique. *Manual de Arbitraje Comercial*. CECILIA AZAR M., Compiladora, Editorial Porrúa S. A. de C. V., México, 2004, ISBN: 970-07-4479-5, p. 62.

Universidad de Oviedo, quien al prologar la ya mencionada obra del profesor ROCA MARTÍNEZ⁷³, dice que la nueva *ley reguladora* dictada el 5 de diciembre de 1988, “Introdujo novedades importantes en la materia, eliminando formalismos, haciendo desaparecer la formalización en escritura pública del compromiso arbitral, bastando en la actualidad la simple cláusula de convenio contenida en un documento privado, y sobre todo, introduciendo la novedad fundamental de crear las instituciones Gestoras del Arbitraje”⁷⁴.

La verdad es que se ha generalizado en las nuevas legislaciones que en materia de arbitraje se han dictado en tantos y tantos países, la exigencia de que el convenio arbitral conste por documento escrito, sin que se precise ya de que se lo haga por escritura pública ni nada similar⁷⁵. Es suficiente, en la mayoría de los casos, la existencia de documento escrito, siendo aceptado y reconocido con pleno vigor jurídico y legal, incluso el convenio arbitral acordado epistolarmente⁷⁶.

Precisamente por lo que acabamos de decir consideramos oportuno, por el tema de que estamos tratando, y de gran trascendencia, el siguiente criterio expuesto por la autora de la muy importante obra: “*Arbitraje y Jurisdicción: Incompatibilidad y vías de exclusión*”,

que lo transcribo pidiendo a quienes nos lean, hacer un análisis detenido y profundo de lo que se expresa: “La decisión de encomendar la resolución de una controversia a los árbitros es un acto de bastante trascendencia y por ello no es conveniente excederse en las facilidades de otorgamiento de la voluntad de someterse a arbitraje. A nuestro modo de ver, tan peligroso puede ser el formalismo riguroso anteriormente vigente como la falta de un mínimo de exigencia escrita, que permita comprobar con facilidad la verdadera voluntad arbitral de las partes”⁷⁷.

3.3. Quien puede emitir el consentimiento

Otro tema importante en cuanto a la forma de la expresión de la autonomía de la voluntad en materia de arbitraje, es el de quien puede emitir el consentimiento para resolver las disputas por arbitraje, y lógicamente debemos decir que en primer lugar lo puede hacer la persona física o natural que tenga plenitud de capacidad de ejercicio para comprometerse, y que se halle también en capacidad o aptitud jurídica de disponer de los objetos comprendidos en la transacción, por ser titular de ellos, pues si no fuera su titular no le serían disponibles⁷⁸.

⁷³ ROCA MARTÍNEZ, José María. *Arbitraje e Instituciones arbitrales*.

⁷⁴ GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando, prólogo de la obra ya citada: *Arbitraje e Instituciones Arbitrales*, p. 11.

⁷⁵ La Argentina es todavía una excepción.

⁷⁶ Ley Modelo de la CNUDMI, Opción I, artículo 7 2).

⁷⁷ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, *Op. cit.*; p. 41.

⁷⁸ MESSINEO, Francesco. *Op. cit.*; p. 105.

Luego, señalar que puede convenir en arbitraje también el mandatario a nombre de su mandante y por cuenta de él, si tiene poder suficiente para hacerlo. Hay que tener presente que en el sistema del *contrato de mandato* del Código Civil ecuatoriano, para poder convenir en arbitraje se requiere de cláusula especial, pues un mandato general –en el Ecuador se dice que el poder general es el poder menos general que existe– solo autoriza a efectuar los simples actos de administración, ya que para todo lo demás se requiere de cláusula especial⁷⁹.

Nuestra ley adjetiva civil ha previsto que incluso el procurador judicial debidamente instituido⁸⁰ deba requerir de cláusula especial para comprometer el pleito en árbitros, lo que es lógico y fácil de entender, pues si alguien ha otorgado una procuración especial para ser representada en juicio por ese procurador judicial, es al menos prudente y lógico que el procurador judicial requiera de especial autorización del comitente para comprometer en árbitros ese mismo pleito para el que recibió procuración judicial⁸¹.

En el caso de la persona jurídica, será la persona natural que directa o indirectamente la represente legalmente la que pueda emitir el consentimiento de sujeción a arbitraje suscribiendo el

convenio respectivo. Claro, también lo puede hacer un mandatario debidamente constituido y facultado para ello, normalmente previa autorización de alguno de los órganos sociales de la persona jurídica de derecho privado, y tratándose de personas jurídicas de derecho público⁸², será también su representante legal la persona que pueda por ellas suscribir el convenio arbitral que contenga la expresión y voluntad inequívoca de acudir al arbitraje. Y en el caso de entes públicos carentes de personería jurídica, autoriza y dispone con norma de imperio y en forma expresa la Ley de Arbitraje y Mediación, que sea la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución quien firme el convenio arbitral⁸³, sin perjuicio de que en todo caso deban ser representadas en juicio por el Procurador General el Estado⁸⁴.

Hemos dicho que el convenio arbitral puede ser suscrito no sólo en forma directa y personal por la persona física o natural interesada en él, o por el representante legal de la persona jurídica (o la persona autorizada a contratar a nombre del ente público carente de personería jurídica), sino también por mandatario debidamente constituido, lo que nos aboca a señalar que de conformidad con el artículo 2027 del Código Civil ecuatoriano, el encargo que

⁷⁹ Código Civil, artículo 2036.

⁸⁰ La procuración judicial (que dentro de la República puede ser dada sólo a favor de abogados) debe otorgarse por escritura pública, o por escrito reconocido ante el juez de la causa, dice el artículo 40 del Código de Procedimiento Civil.

⁸¹ Código de Procedimiento Civil, artículo 44, que dice: “*El procurador judicial debe atenerse a los términos del poder, y necesitará de cláusula especial para lo siguiente: (...) 2.- Comprometer el pleito en árbitros*”.

⁸² Necesariamente creadas por acto legislativo.

⁸³ Artículo 4 d).

⁸⁴ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, artículo 3 b).

es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, o ya también por carta, o incluso verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra. Y como no existe disposición que exija una forma especial para el caso del mandato para celebrar convenio arbitral, creemos que puede ser otorgado o conferido incluso verbalmente si contiene la cláusula o facultad especial (expresa) requerida para ello. Es más, creemos que incluso la agencia oficiosa ratificada posteriormente por el interesado sería suficiente y bastante para emitir válidamente el consentimiento a arbitraje, si éste es claro y categórico.

4. ALCANCES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La autonomía de la voluntad, que se expresa y contiene en el convenio arbitral, obvio es, tiene un alcance cierto y determinado, y también limitaciones. Su alcance puede analizarse tanto desde un punto de vista objetivo como desde otro subjetivo. Expliquémonos: Creemos que el alcance de la autonomía de la voluntad expresada o contenida en el pacto arbitral, no significa ni es otra cosa que el efecto directo y objetivo de dicho convenio, por un lado, y por otro lado, que las obligaciones que de él nacen y se derivan, o que él contiene o crea, se imponen tanto a las partes de dicho convenio, como a terceros, como lo pasamos a ver.

4.1. Alcance objetivo

El alcance objetivo del convenio arbitral está constituido por el resultado

que con él se persigue, esto es, que la controversia que enfrenta a las partes sea resuelta por los jueces privados llamados árbitros, a quienes las mismas partes han confiado la resolución de su conflicto, y que lo hagan siguiendo el procedimiento directo o indirectamente escogido por las partes con tal propósito, que tiende a ser más corto, expedito, acertado y, por consiguiente, termina siendo incluso más económico que el contemplado en la legislación procesal ordinaria.

El alcance objetivo se pone de manifiesto desde el mismo momento en que las partes convienen en arbitraje y suscriben el instrumento en el que se recoge y expresa su autonomía de voluntad así expresada, pues con la celebración de ese convenio termina y desaparece, bien sea por revocatoria o ya también por renuncia, como quiera que se lo vea, conceptúe e interprete, la competencia que hasta aquel momento tuvo la justicia ordinaria para resolver la controversia que enfrenta o puedan enfrentar a las partes. Es que precisamente por la celebración del convenio de arbitraje quedan las partes impedidas de acudir a la justicia ordinaria a buscar la solución de su conflicto, cuando en ejercicio de su derecho de convenir como a bien tuvieren, en asuntos que solo atañen a sus propios intereses y sean transigibles, haciéndolo sin atentar contra el orden público, la moral o las buenas costumbres pactan en un contrato que es ley para las partes, que sean personas privadas a quienes por tal convenio invisten con el carácter de jueces exclusivos para conocer de sus problemas, que los resuelvan en una decisión llamada laudo, que se obligan a acatar obligatoriamente,

y lo han hecho por expresa permisión constitucional y legal, con lo que han sacado y excluido a la justicia ordinaria de la posibilidad, jurisdicción y competencia para hacerlo.

El objeto del convenio arbitral es, entonces, que no sea la justicia ordinaria quien resuelva las controversias que se presenten entre las partes –o un conflicto determinado y previamente existente–, sino que lo hagan las personas privadas que han seleccionado y en quienes han puesto su confianza autorizándoles para ello, y en la forma –procedimiento– que las partes han escogido directa o indirectamente. Y este objeto se empieza a cumplir el momento en que designados los árbitros toman posesión de sus cargos, reciben y tramitan las pretensiones y posiciones de las partes y las pruebas que para sustentarlas aportan, y concluye cumpliéndose el cometido impuesto a estos jueces privados cuando deciden la controversia –en derecho o en equidad– dictando y notificando el laudo correspondiente. Y todo por fuera de la justicia ordinaria. Ese es el alcance objetivo de la autonomía de la voluntad. Es la meta, es la finalidad que se persigue y obtiene.

4.2. Alcance subjetivo

El convenio arbitral también tiene un alcance subjetivo, que se manifiesta en la obligación que impone a las partes de acatarlo y cumplirlo, pues cada una

de ellas por su lado, por ser el convenio arbitral un contrato como cualquiera otro y por tanto ley para los contratantes⁸⁵, queda obligada a respetarlo y cumplirlo e incluso sujeta a que su cumplimiento le sea impuesto aun en contra de su voluntad posterior, a través del proceso de ejecución del laudo, que este sí, es judicial de la justicia ordinaria.

La Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación contiene una disposición según la cual el convenio arbitral obliga a las partes a acatar el laudo que se expida, al tiempo que impide someter el caso a la justicia ordinaria⁸⁶. Dispone, por otra de sus normas, que los laudos son inapelables y que solamente podrán aclararse o ampliarse antes de que se ejecutorie, en el término de tres días de notificado a las partes, y que dentro de ese mismo término los árbitros podrán corregir errores numéricos, de cálculo, tipográficos o de similar naturaleza; y, por último, que los laudos arbitrales no serán susceptibles de ningún otro recurso que no establezca la Ley⁸⁷. Por consiguiente, el laudo resolutorio que se expide y notifica es final y definitivo respecto del fondo de la controversia, pues de él en realidad de verdad no cabe recurso alguno. Sin embargo y como en prácticamente todas las leyes y reglamentos de arbitraje que conocemos existen, se ha previsto también en la Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación la posibilidad de impugnar el arbitraje a efectos del control de su legalidad atacándolo por la vía de acción

⁸⁵ Código Civil, artículo 1561.

⁸⁶ Artículo 7.

⁸⁷ Artículo 30.

de nulidad⁸⁸. En todo caso, las partes se hallan obligadas a acatar el laudo expedido y más aún si se lo confirma al no declarar su nulidad en el evento de que se lo ataque por esta causa en la acción correspondiente.

4.2.1. En relación con las partes

Obviamente, siendo el convenio arbitral un contrato, su más inmediata consecuencia es la de que obliga a las partes a acatarlo, en el doble carácter de esta obligación, esto es, en la de la obligación de hacer que se concreta en la de proponer la respectiva acción arbitral para solucionar la controversia que entre las partes se presente en un asunto sometido a arbitraje, y en la obligación de no hacer, que se concreta en la prohibición de acudir a la justicia ordinaria a buscar solución para una controversia que cae en el convenio arbitral⁸⁹.

Entonces, el primer alcance subjetivo de la autonomía de la voluntad de las partes expresada en el convenio arbitral, se produce el momento mismo en que una vez suscrito el convenio arbitral éstas no pueden ya acudir con sus demandas a la justicia ordinaria para que resuelva las controversias que entre ellas se presenten, debiéndolas proponer únicamente ante el tribunal arbitral que corresponda.

Simultáneamente se presenta también como alcance subjetivo de esta autonomía de la voluntad respecto de las mismas partes y como efecto de la obligación de hacer que comporta todo pacto arbitral, el compromiso de acudir con su reclamo sola y exclusivamente ante el tribunal arbitral en el caso de suscitarse entre ellas una controversia respecto de la materia del convenio.

El segundo alcance subjetivo, también respecto de las mismas partes del convenio arbitral, se manifiesta en las obligaciones procesales que estas asumen por dicho convenio frente y ante el tribunal arbitral y también frente a la respectiva contraparte, obligaciones que se concretan en la conducta de respeto y colaboración que deben prestar al tribunal para que pueda cumplir su misión, en el respeto a principios tales como el de la buena fe y lealtad procesales y otros que informan el arbitraje.

Luego, y terminado el procedimiento, notificadas que fueron con el laudo resolutorio, las partes deben acatar y de inmediato cumplir las obligaciones que el laudo les imponga⁹⁰ y, si se propusiere acción de nulidad, acatar cumplidamente la resolución que en la justicia ordinaria dicte el juez competente.

⁸⁸ Téngase presente que en el Ecuador no es un *recurso*, que conceptualmente es una instancia superior dentro del mismo proceso. Se trata de una acción, con todas las de la ley —como suele decirse—, esto es, que debe iniciarse con demanda de nulidad fundada en una de las cinco causales taxativas que contempla para el efecto el artículo 31 de la misma Ley de Arbitraje y Mediación, la que debe emplazarse (citarse) al demandado, el demandado la contesta proponiendo las excepciones que tenga a bien y de haber hechos que deban probarse, se abre un corto término de prueba vencido el cual se dicta sentencia.

⁸⁹ BERNARDO SAN JOSÉ, Alicia, *Op. cit.*; pp. 48 y ss.

⁹⁰ Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 32, impone a las partes esta obligación.

4.2.2. En relación con terceros

Pero a más de obligar a las partes a su cumplimiento, el convenio arbitral obliga también a terceros, obviamente no con la fuerza ni con los efectos con que obliga a las partes, pero siempre en forma determinante como respeto a la autonomía de la voluntad de las partes.

Estos terceros constituyen un amplio abanico que va desde todos aquellos que de una u otra manera tienen relación con el proceso arbitral convenido por las partes, incluyendo a los funcionarios judiciales, administrativos y de policía que deben asistencia al procedimiento arbitral, hasta a terceros totalmente ajenos al convenio y al proceso arbitral.

4.2.2.1. Funcionarios del centro de arbitraje

Los primeros terceros a que debemos referirnos son los funcionarios del centro de arbitraje seleccionado por las partes en el convenio entre ellas celebrado para que administre el procedimiento arbitral, de haberse pactado arbitraje administrado⁹¹.

Tanto el director del centro arbitral⁹² —o quien hiciere sus veces— como los demás funcionarios del centro quedan obligados a respetar y cumplir las estipulaciones de las partes constantes en el convenio arbitral entre ellas celebrado, entre las que se cuenta la obligación de guardar y mantener la reserva necesaria

⁹¹ LAM, artículos 1 y 2.

⁹² En la Ley de Arbitraje y Mediación se dispone que todo centro arbitral organizado como en ella se contempla, debe tener un director, según se desprende de las siguientes disposiciones: Artículo 10, que dispone que la demanda debe presentarse ante el director del centro de arbitraje; artículo 11, que prevé que el director del centro debe calificar la demanda y citar a la parte demandada; artículo 15, que manda que el director del centro debe convocar a las partes a audiencia de mediación y le faculta a designar al mediador; artículo 16, que en el caso de no existir acuerdo total en la mediación obliga al director a enviar a las partes la lista de árbitros para la designación correspondiente, y para el caso de que éstas no se pongan de acuerdo, convoque a las partes al sorteo de árbitros. También prevé que en el caso de árbitros independientes que no aceptaren la designación o no se posesionaren de su cargo, o si los posesionados no se pusieren de acuerdo en el nombramiento de los que faltaren, pueda cualquier de las partes pedir la designación de éstos al director del centro arbitral más cercano al domicilio del actor; artículo 17, dispone que aceptada la designación de los árbitros, el director del centro debe convocarles a tomar posesión de sus cargos ante el presidente del centro, y procedan a designar al presidente y secretario del tribunal; artículo 19, que obliga al árbitro que conozca estar incurso en inhabilidad para ejercer su cargo, a notificar al director del centro para se proceda a reemplazarlo; artículo 21, autoriza al director del centro a resolver sobre la recusación de un árbitro de tribunal colegiado en el caso de que los otros no comprometidos en la demanda de recusación no se pusieren de acuerdo sobre ella, o en el caso de que la recusación fuere en contra de todo el tribunal, o ya también en el caso de arbitraje independiente si fuere tribunal unipersonal o la recusación se planteara en contra de todos los árbitros la recusación deberá resolverla el director del centro arbitral más cercano al domicilio del actor; artículo 32, autoriza al director del centro a otorgar copia certificada del laudo con la razón de estar ejecutoriado, para presentarlo al juez ordinario pidiendo la ejecución del laudo; y, artículo 40 e), obliga a todo centro de arbitraje que se organice de conformidad con esta misma ley, a tener su reglamento, y a que en él se regule la forma de designar al director de ese centro, sus funciones y facultades.

respecto de la controversia que enfrente a las partes, pues tal es una de las principales obligaciones del centro al que se pertenecen, y que se agrava o agudiza frente al pacto de confidencialidad al que hubieren llegado las partes⁹³ en dicho convenio. Y si estos terceros: director y funcionarios del centro arbitral violaren esta obligación, quedan sujetos a responder frente a las partes por los daños y perjuicios que les hubieren causado.

Se hallan también obligados a cumplir las funciones que les asigna la ley en relación con el arbitraje que enfrenten las partes y que ese centro arbitral administre por virtud del convenio arbitral que las vincula entre ellas y con ese determinado centro de arbitraje. Obligación fundamental, además de la de guardar y mantener la reserva y confidencialidad arriba mencionadas, es la de efectuar las notificaciones a que tienen derecho las partes, así como prestar las funciones secretariales que el arbitraje requiera y que son inherentes al centro.

Pero no es todo. Entre las más importantes obligaciones que deben cumplir tanto el director como los funcionarios del centro arbitral, está la de respetar el convenio arbitral, y respetarlo porque él contiene la voluntad de las partes, expresada con autonomía y libertad. No pueden irse, entonces, en contra de lo que han convenido las partes, ni interpretar el convenio arbitral y sus cláusulas en forma que implique irrespeto a esta autonomía de la voluntad

de las partes y pretenda modificarla. Hemos conocido el siguiente caso, que lo exponemos: En el Reglamento de Funcionamiento del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito existe una disposición que dice que “Cuando las partes convengan por expresa voluntad someterse a arbitraje de la Cámara de Comercio de Quito o administrado por este Centro, implicará que aceptan incondicional y obligatoriamente someterse a este reglamento”⁹⁴, lo que en algún caso ha sido interpretado por las autoridades de ese Centro como que esta disposición reglamentaria está por encima de la autonomía de la voluntad de las partes manifestada o recogida en el convenio arbitral, lo cual es un error de bulto, enorme, comprensible únicamente por el desconocimiento que en materia arbitral demostraron tener quienes en aquel momento así se pronunciaron. ¿Cuál es este caso? Creo que para aclarar este punto bien vale la pena referirlo: El convenio arbitral celebrado entre las partes –se trata de un arbitraje en derecho– contiene una estipulación por la cual cada parte designa un árbitro, y los dos así designados designan al tercero. El Reglamento de este centro arbitral prevé que cuando las partes acuerden designar uno o varios árbitros de fuera de la lista oficial, el centro se reserva el derecho de no aceptar tal designación, debiendo, en ese caso, las partes hacer una nueva designación⁹⁵. Pues bien, la parte actora designó como su árbitro a un abogado

⁹³ Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 34.

⁹⁴ Artículo 50.

⁹⁵ Artículo 52, inciso tercero.

especialista en la materia del arbitraje, pero que no consta en la lista oficial de árbitros de ese Centro, ante lo cual su Director cometió dos graves errores: El primero, puso esa designación en conocimiento de la otra parte anunciando que el designado no constaba en su lista oficial de árbitros, para conocer el criterio y la posición que al respecto manifestara la parte demandada; y, el segundo error, fue aplicar el inciso tercero del artículo 52 del Reglamento de ese Centro, que se refiere únicamente al caso en que *las partes expresamente acuerden designar uno o varios árbitros de fuera de la lista oficial*, que es un caso diferente al planteado, pues en el caso en análisis la parte actora, en ejercicio del derecho que el convenio arbitral le concede y en uso de la autonomía de su voluntad, designó al árbitro que le correspondía, sin que hubiere pactado ninguna limitación para que lo pueda hacer. El primer error grave lo fue, por cuanto al poner en conocimiento de la parte demandada la designación hecha por la parte actora, el Centro resignó su propia atribución de no aceptar tal designación –si hubiera estado dentro del caso contemplado en la norma reglamentaria invocada–, y lo hizo a favor de la parte demandada, quien de inmediato se pronunció alegando que no era admisible tal designación, lo que resulta inaudito. El segundo error fue interpretar antojadizamente el pacto de las partes contenido en el convenio arbitral, diciendo que como el artículo 16 de la ley establece que “las partes,

de común acuerdo, podrán designar árbitros de fuera de la lista presentada por el respectivo centro...” esto quiere decir que “la ley faculta a las partes a nominar a personas de fuera de las listas oficiales como árbitros respectivos, con la condición de que lo hagan de común acuerdo”. Y esto es un error, pues implica una absurda limitación a la autonomía de la voluntad de las partes que, como lo hemos visto, en el momento presente es irrestricta y no tiene más límites que los otros derechos previstos y reconocidos en la misma Constitución de la República, y que por mandato de la propia Constitución no admite restricción por parte de ninguna ley de rango inferior a ella. Por eso decimos que en nuestra opinión es fundamental que el director y los funcionarios del centro respeten el convenio arbitral y la autonomía de la voluntad de las partes que en él se contiene y se expresa y se manifiesta.

4.2.2.2. Mediadores

Todo proceso arbitral debe cumplir previamente a la conformación y actuación del tribunal arbitral, una etapa de mediación con la intervención de un mediador⁹⁶ designado por el director del centro de arbitraje o del árbitro o árbitros independientes, según fuere del caso, mediador a quien también le alcanza el convenio arbitral obligándole a guardar y mantener la reserva y confidencialidad que dispone la ley⁹⁷ y a la que también puede hallarse sujeto por el convenio

⁹⁶ LAM, artículo 15.

⁹⁷ Artículo 50.

arbitral si en él hubieren previsto las partes algún procedimiento especial o hubieren pactado confidencialidad. Este es otro caso de alcance subjetivo de la autonomía de la voluntad de las partes, que debe ser respetada y cumplida también por este tercero que se involucra así en el arbitraje y en el convenio que le da lugar.

4.2.2.3. *Tribunal arbitral y sus miembros*

Nadie es más importante en un arbitraje después de las partes involucradas en la controversia a solucionarse por esta vía alternativa, que el tribunal al que las partes han confiado esta delicada misión y que debe integrarse con el número de árbitros –normalmente uno o tres, pero que pueden ser en el número que las partes convengan– que ellas mismas hubieren acordado o que dispone la ley para el caso de ausencia de pacto al respecto⁹⁸ y por el secretario que los mismos árbitros designen.

Al tribunal y por supuesto a todos y cada uno de quienes lo integran alcanza también la autonomía de la voluntad de las partes contenida o manifestada en el convenio arbitral, pues sus estipulaciones, sobre todo si establecen normas procedimentales para el arbitraje, son de cumplimiento obligatorio y forzoso por parte de los árbitros, quienes no pueden cuestionar a las partes ninguna disposición del convenio. Es más, incluso antes de aceptar su designación los árbitros deberían revisar el convenio arbitral para conocer

sus alcances y si están en la posibilidad de satisfacer los especiales requerimientos que las partes eventualmente hubieran impuesto, tales como, por ejemplo, haber previsto un término o plazo bastante corto y perentorio para que el tribunal resuelva la controversia dictando el laudo final correspondiente, o ya también haber convenido que las actuaciones procesales se las lleve en algún lugar especial que para los árbitros pueda ser de difícil o complicado acceso por alguna circunstancia personal de los propios árbitros, como podría ser el que deban tener lugar en la ciudad de Quito, que se halla ubicada por sobre los 2800 metros de altura sobre el nivel del mar, y uno o más de los árbitros designados por las partes, por algún problema de salud, no pudiera subir a la altura de Quito. Pues bien, todas estas circunstancias implican un alcance subjetivo muy especial de la autonomía de la voluntad de las partes que afecta o puede afectar directa y personalmente a los integrantes del tribunal.

Pero más importante que estas cuestiones de índole personal, es el alcance que la autonomía de que estamos tratando tiene sobre los integrantes del tribunal en cuanto les obliga a cumplir su difícil y delicado cometido de decir el derecho y la justicia en el caso puesto a su conocimiento, y hacerlo con sobriedad, con solvencia, con motivación clara y suficiente que permita comprender la *ratio iuri* o la *ratio equitatis* del contenido en el laudo, según corresponda, máxime si hoy, por mandato de la Constitución de la República en todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones

⁹⁸ LAM, artículos 16 y 17.

de cualquier orden, se debe asegurar el derecho al debido proceso que, entre otras garantías básicas, se concreta también en la de que las resoluciones deben ser motivadas, entendiendo por motivación la enunciación de las normas y principios jurídicos en que se funda y la explicación de la pertinencia de su aplicación a los antecedentes de hecho⁹⁹, en un proceso de arbitraje en derecho, o la explicación de la equidad invocada en un laudo de esta naturaleza.

Y debe también a las partes el tribunal arbitral, la conducción del proceso guardando y respetando todos y cada uno de los principios, garantías, derechos y obligaciones que rigen todo proceso judicial, y en este caso de justicia privada, el proceso arbitral, lo que constituye otro alcance subjetivo de la autonomía de la voluntad de las partes a los árbitros y al secretario del tribunal.

4.2.2.4. *Extraños a las partes y al proceso*

Los miembros del tribunal arbitral están directa e íntimamente vinculados a las partes procesales y al proceso mismo, según lo acabamos de ver, como alcance de la autonomía de voluntad recogida en el convenio arbitral al que deben su presencia y actuación en el procedimiento arbitral, pero además de ellos también esta autonomía de la voluntad alcanza subjetivamente a otros terceros más lejanos

al arbitraje en cuestión, como pueden ser los jueces y funcionarios públicos.

4.2.2.4.1. *Asistencia de la Función judicial*

En el Ecuador la ley ha contemplado directamente tal vez tres posibles casos de intervención de la justicia ordinaria en el arbitraje, a los que nos referiremos de inmediato por el orden de importancia que en nuestro criterio tienen. La primera y más importante intervención es el control de legalidad mediante la acción de nulidad¹⁰⁰ a través del Presidente de la Corte Provincial de Justicia que conozca de dicha acción. Esto significa, entonces, que esta intervención del Presidente de la Corte Provincial de Justicia al tramitar y resolver la acción de nulidad del laudo, será consecuencia directa del convenio arbitral, o sea, del alcance subjetivo de la autonomía de la voluntad de las partes que en él se concreta o contiene y por el cual, al momento de convenir en arbitraje, revocaron las partes —o renunciaron— a la justicia ordinaria tanto la jurisdicción como la competencia¹⁰¹ para conocer de sus controversias por haberla encomendado a los árbitros.

El segundo caso de intervención de la justicia ordinaria en el arbitraje que se ha previsto en forma expresa por la ley, es en la ejecución forzosa y judicial del laudo, que puede darse si la parte vencida en el arbitraje, incumpliendo la obligación

⁹⁹ Artículo 76, garantía básica contenida en la letra l) del N° 7.

¹⁰⁰ La impugnación del laudo por vía de nulidad, en el Ecuador no es un recurso que pueda interponerse dentro de la misma causa, sino que es una acción nueva y diferente que debe comenzar por demanda dirigida al juez designado por la ley para el efecto, que es el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de la jurisdicción de la sede del arbitraje.

¹⁰¹ En el Ecuador son dos cosas, muy vinculadas entre ellas, pero diferentes.

que le impone el primer inciso del artículo 32 de la LAM, no cumple de inmediato el laudo y por ese motivo la otra parte se ve precisada a exigir su ejecución forzosa. En este caso se lo debe hacer ante los jueces de la justicia ordinaria en razón de que el tribunal carece de *imperium*. Pero esta intervención de la justicia ordinaria no se debe sólo a este motivo de la carencia de *imperium* de los árbitros. Se debe, también, al hecho simple de que el momento en que el tribunal dicta el laudo y lo notifica a las partes, termina su misión y por cumplida que ha sido, se extingue, desaparece, deja de ser. Entonces, luego del laudo (y su aclaración o ampliación eventuales) ya no hay árbitros, ya no hay tribunal arbitral y ni siquiera secretario, lo que implica que no hay ya en el arbitraje quien pueda poner en ejecución el laudo y hacerlo cumplir forzosamente.

Los árbitros son quienes conducen el proceso para resolver las controversias que las partes pusieron bajo su responsabilidad. Por consiguiente, los árbitros son quienes tienen que velar porque el proceso se siga y cumpla guardando todas las garantías que el moderno derecho constitucional y procesal exigen, y entre estas se hallan no sólo el velar porque las pruebas solicitadas por las partes y ordenadas por los árbitros se practiquen, que se realicen, que tengan lugar y que se lo haga como corresponde, con sujeción a los principios que deben regirlas, como el de *audiencia*, el de *contradicción*, el de *igualdad de las partes*, etc. Es importante hacer notar que hay pruebas que una vez pedidas por las partes y ordenadas por el tribunal

arbitral, por ese solo hecho su práctica y realización constituyen un derecho constitucional de la parte solicitante que, por consiguiente, no puede dejar de cumplirse porque de hacerlo se violaría una garantía constitucional del debido proceso, como es el caso, por ejemplo, de las declaraciones de testigos. Si éstas se piden por las partes y el tribunal las ordena, corresponde ya a los árbitros exigir su cumplimiento haciendo comparecer a los testigos a declarar, incluso con el auxilio de la función judicial y hasta de la fuerza pública si es que no quieren hacerlo por su propia voluntad, porque de otra manera se violaría esta garantía constitucional del debido proceso que se halla reconocida por el literal j) del ordinal 7 del artículo 76 de la Constitución de la República. Se trata esta, entonces, de una facultad o atribución muy importante, trascendente, de cuyo incumplimiento a los árbitros se les puede seguir su responsabilidad, y por ello deben ser muy celosos en cumplirla a cabalidad, pidiendo y exigiendo la intervención que se requiera de jueces y otros funcionarios de la función judicial. Igual, también en la producción y práctica de otro tipo de pruebas ordenadas oportunamente podría requerirse la intervención judicial, como cuando alguna parte se niega a cumplir lo dispuesto por el tribunal y para ejecutarlo requiere éste de la asistencia de un juez con *imperium*, en cuyo caso el tribunal podrá, amparado no en disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación sino en preceptos de la Constitución de la República o del también nuevo Código Orgánico de la Función Judicial¹⁰², exigir de los jueces

¹⁰² Dictado el 3 de marzo de 2009 y promulgado en el Suplemento del Registro Oficial 544, el 9 de marzo de 2009.

ordinarios su asistencia para la práctica de las diligencias que fueren necesarias¹⁰³.

4.2.2.4.2. Asistencia de otros funcionarios públicos

Las medidas cautelares se dictan normalmente por la autoridad facultada para hacerlo, y se las dictan para ser cumplidas, pero su cumplimiento es forzoso, es impuesto al demandado incluso en contra de su voluntad, y para lograrlo casi siempre se precisa de una autoridad que con *imperium* la ejecute y haga cumplir, según sea la naturaleza de la medida cautelar que haya sido dictada. En arbitraje la atribución de dictar medidas cautelares corresponde a los árbitros, quienes, en algún caso, precisarán de la colaboración de los funcionarios de los registros públicos¹⁰⁴. En alguno otro se requerirá de la asistencia de un secuestro y depositario¹⁰⁵, o ya también de funcionarios públicos de otros niveles o esferas¹⁰⁶. Para todos estos casos muchas veces el juez que dictó la medida cautelar requiere del concurso y auxilio de la fuerza pública o de funcionarios de la administración pública que cumplan directamente la orden impartida por el juzgador o que la hagan cumplir a particulares que constituyen terceros en esta relación procesal arbitral. Pues bien, los árbitros están facultados para recurrir directamente a todos estos funcionarios

públicos pidiendo su auxilio para que se cumplan las medidas cautelares que dicten, y éstos deberán cumplir el cometido que les sea impuesto por los árbitros, ya que si es facultad de los árbitros recurrir al auxilio de funcionarios públicos, obvio es que es obligación de éstos brindar el auxilio que los árbitros les requieran, terceros todos éstos quienes han sido alcanzados, entonces, por la autonomía de la voluntad de las partes manifiesta en el convenio arbitral.

4.2.2.4.3. Otros terceros

Debemos referirnos en este punto a todos aquellos que eventualmente pudieren querer intervenir en un arbitraje determinado sin ser partes de él, ni tener otro punto de contacto que, por ejemplo, con alguna de las partes de un cierto procedimiento arbitral. Queremos hacer referencia en especial, a aquellos casos en que estas terceras personas pretenden involucrarse e injerir en un proceso arbitral aduciendo, por ejemplo, ser terceros interesados en la causa arbitral en curso, y muchas veces pretenden forzar incluso al tribunal arbitral a adoptar posiciones y decisiones en referencia o en relación con los planteamientos que formulan. Pues bien, creemos que también a estos terceros les alcanza la autonomía de la voluntad de las partes contenida en el convenio arbitral, en el sentido de que no siendo partes de ese

¹⁰³ Código Orgánico de la Función Judicial, artículo 129 numerales 6 y 7.

¹⁰⁴ Prohibición de enajenar bienes raíces.

¹⁰⁵ Para el secuestro de bienes muebles, por ejemplo, o para que una persona privada –natural o jurídica– cumpla una orden de retención dictada por los árbitros, etc.

¹⁰⁶ Como para impedir a un extranjero la ausencia del país.

convenio no tienen derecho de participar en ninguna de las actuaciones arbitrales y, por el contrario, deben respetar a las partes que lo celebraron, a los funcionarios del centro administrador de arbitrajes involucrado y a los miembros del tribunal arbitral constituido para conocer y resolver la controversia que enfrenta a las partes, guardando la distancia que corresponde de un procedimiento arbitral que les es totalmente ajeno. Es que en materia arbitral no cabe ni se puede admitir la intervención de terceros por el mismo principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

5. LIMITACIONES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Bajo este título queremos referirnos no a las limitaciones que en general puedan presentarse a las manifestaciones o expresiones de la autonomía de la voluntad en general, sino y directamente a las que pueda enfrentar el convenio arbitral como contenido de la expresión de la autonomía de la voluntad de quienes lo han suscrito o celebrado, limitaciones que creemos que pueden ser solamente objetivas, subjetivas y formales.

5.1. Objetivas

Es claro que el principio de la *soberanía (autonomía) de la voluntad* no es absoluto,

y que presenta dos límites principales: el *formalismo*, entendido como la forma en que debe expresarse esta autonomía de la voluntad en materia arbitral, y el orden público¹⁰⁷; pero en nuestro criterio la verdadera limitación objetiva es la de la arbitrabilidad, pero no referida a las personas que celebran el convenio arbitral, sino a su materia, limitación primera o primaria que encontramos en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, cuando al definir el sistema arbitral dice que: “(..) es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las **controversias susceptibles de transacción**, existentes o futuras (...)” (negrilla agregada).

Los autores ALEJANDRO ROMERO SEGUEL y JOSÉ IGNACIO DÍAZ VILLALOBOS afirman que hay materias de arbitraje prohibido en el ámbito interno, y que éstas se refieren a asuntos en que por su propia naturaleza la ley no permite que sean sometidas a arbitraje, y que en general, se trata de asuntos en los que el Estado tiene interés o versan sobre materias de derecho de familia¹⁰⁸. Aplicando estos criterios al caso ecuatoriano, podemos decir que nadie está habilitado para convenir en arbitraje para a través de este medio alternativo de solución de controversias resolver una que tenga que ver con cuestiones o materias respecto de las cuales no quepa transacción, como pueden ser, por ejemplo, en el ámbito eminentemente privado, lo relacionado con

¹⁰⁷ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio. *Los límites al consentimiento en el pacto arbitral*. Ensayo publicado en la obra colectiva ya citada: *El Contrato de Arbitraje*, EDUARDO SILVA ROMERO, Director Académico y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, Coordinador Académico. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, Legis Editores S.A., 2005, pp. 238 y 239.

¹⁰⁸ ROMERO SEGUEL, Alejandro y José Ignacio Díaz Villalobos. *“El Arbitraje Interno y Comercial Internacional”*. Santiago, Chile. Lexis Nexis, 2007, ISBN: 978-956-719-4, p. 21.

el estado civil¹⁰⁹, con la calidad de hijo o con la maternidad o paternidad disputadas¹¹⁰; o en el ámbito público, con derechos constitucionales fundamentales, tales como el derecho a la vida, a la libertad, al honor y buen nombre, a la libertad de expresión, a la libertad de tránsito y movilidad, al derecho al debido proceso, al derecho a la nacionalidad y ciudadanía, etcétera; o ya también en temas relacionados con la potestad estatal, como pueden ser los conflictos por actos administrativos que se pretendan violatorios de derechos, o las decisiones administrativas en materia tributaria o impositiva; o en el ámbito del derecho penal en la parte que se refiere a la adjudicación de responsabilidad por infracciones de esta índole, teniendo claro que lo que si puede ser objeto y materia de arbitraje es lo relacionado con la indemnización de perjuicios proveniente de la responsabilidad penal. Y si pese a estar prohibido el pacto de arbitraje para estas materias, de hecho se celebra un convenio con tal finalidad, tal convención, por nula, carecerá de todo efecto y valor, pues así lo prevé el artículo 9 del Código Civil¹¹¹.

Por consiguiente, si propuesta una demanda arbitral con fundamento en un convenio que adolezca de este vicio de falta de arbitrabilidad objetiva, y por una controversia relacionada con algún asunto

respecto del cual legalmente no quepa transacción, será el tribunal arbitral el que, en aplicación del principio básico de *Kompetenz-Kompetenz* (competencia de la competencia) recogido en el artículo 22 de la Ley ecuatoriana de Arbitraje y Mediación, analizando primero y fundamentalmente la arbitrabilidad del asunto sometido a su conocimiento, conjuntamente con el convenio arbitral, deberá declararse o no competente para resolver la controversia¹¹². Obviamente, si pese a tratarse de un asunto no arbitrable se declara competente y luego dicta laudo en cualquier sentido, deberá responder por el hecho de haber violado el ordenamiento jurídico, ya que la arbitrabilidad es, a nuestro entender, cuestión de orden público respecto de la cual no cabe convención.

Es oportuno reiterar –quedó ya antes dicho– que en el Ecuador la ley autoriza expresamente y en forma general a las entidades públicas a celebrar convenios arbitrales, pero únicamente para resolver controversias que provengan de relaciones jurídicas contractuales, lo que por aplicación del principio de que en materias administrativas todo lo que no está expresamente facultado o atribuido está prohibido, implica la imposibilidad jurídica de someter a arbitraje cuestiones que excedan el ámbito de lo contractual.

¹⁰⁹ El artículo 2352 del Código Civil prohíbe que se pueda transigir sobre el estado civil de las personas.

¹¹⁰ No se trata de un objeto que pueda hallarse en la capacidad de disposición de nadie, como lo requiere el artículo 2349 del Código Civil.

¹¹¹ “Los actos que prohíbe la ley son nulos y de ningún valor; salvo en cuanto designe expresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravención”.

¹¹² Una vez constituido el tribunal, se fijará día y hora para la audiencia de sustanciación en la que (...) el tribunal resolverá sobre su propia competencia. // Si el tribunal se declara competente (...)

Pero en todo caso es necesario tener presente que en cumplimiento del artículo 22 de la Ley de Arbitraje y Mediación, son únicamente los árbitros quienes pueden y deben decidir si son competentes o no para conocer de un arbitraje, incluido el caso de que se trate de uno sobre materia no arbitrable. Esta declaración de competencia que corresponde a los árbitros por el principio de *Kompetenz-Kompetenz*, no lo puede hacer ningún órgano judicial ni ningún juez de la justicia ordinaria, por carecer de atribución o facultad para ello, pues tal facultad o atribución ha sido concedida en forma exclusiva y excluyente por la ley al tribunal arbitral, bien se trate de tribunal compuesto por árbitro único o por varios árbitros. Y es tanto esto así, que el control de legalidad del laudo, que se la hace a través de la acción de nulidad del laudo, en el Ecuador no se lo puede plantear alegando incompetencia de los árbitros, pues tal incompetencia no está prevista en la ley de arbitraje como una de las cinco causales de nulidad del laudo que en ella se contemplan¹¹³, las que son taxativas y excluyen a las causales de nulidad previstas en el Código de Procedimiento Civil, entre las que se encuentra la de competencia del juez o tribunal, en el juicio que se ventila¹¹⁴.

Lo anterior, con excepción de la Corte Constitucional, que podría emitir algún pronunciamiento contrario con motivo de alguna acción que eventualmente se le

pueda plantear, como el pronunciamiento que emitió el 24 de febrero de 2010 en el caso 0712-09EP y que se publicó en el Suplemento del Registro Oficial del 26 de marzo de 2010, en el que aceptando una demanda de Acción Extraordinaria de Protección¹¹⁵ dejó sin efecto sentencias de primera y de segunda instancia y de casación, dictadas en un juicio verbal sumario en que el actor, pese a la existencia de convenio arbitral celebrado con el demandado, planteó su acción ante la justicia ordinaria, y citado con la demanda y dentro del término de contestarla y de proponer excepciones, el demandado propuso la excepción de existencia de convenio arbitral, la que por propuesta en debida y oportuna forma debió ser tratada como cuestión de previo y especial pronunciamiento, como lo prevé la Ley de Arbitraje y Mediación¹¹⁶, y sólo si luego del trámite respectivo no se hubiera probado la existencia de convenio arbitral, podía el juez ordinario en el auto que resolviendo sobre esta excepción debía dictar, declarar que por inexistir convenio arbitral él era competente y tenía jurisdicción para resolver la controversia planteada en la demanda. Por el contrario, si se demostraba la existencia de convenio arbitral, el juez ordinario debía así declararlo y, por tanto, inhibirse de conocer de la demanda y ordenar su archivo por carecer de jurisdicción y competencia precisamente por la existencia de convenio arbitral. Sin

¹¹³ Ley de Arbitraje y Mediación, artículo 31.

¹¹⁴ Código de Procedimiento Civil, artículo 346.

¹¹⁵ Prevista en el artículo 94 de la Constitución de la República, como una de las Garantías Jurisdiccionales.

¹¹⁶ Artículo 8.

embargo, el juez ordinario que conoció de esa causa, por ignorancia total y absoluta de lo que es el arbitraje y de las normas pertinentes, no resolvió como cuestión de previo y especial pronunciamiento la excepción de existencia de convenio arbitral pese a que éste había sido transcrito en la misma demanda a la que se acompañó el contrato en que se lo contenía y del que formaba parte; y pese a lo dicho, pese a la claridad de la existencia de convenio arbitral, pese a que el convenio arbitral fue transcrito por los jueces ordinarios en la sentencia de primera y de segunda instancia e incluso en la sentencia de casación, por raro y extraño comportamiento e interés aún no esclarecido, pese a reconocer la existencia de convenio arbitral, declararon que por no haber influido en la decisión de la causa la falta de jurisdicción y competencia de los jueces que conocieron de este juicio en sus diversas instancias y recursos, si eran competentes para resolver sobre el fondo de la demanda, lo cual ha sido, ahora, dejado sin efecto por la Corte Constitucional, la que ha declarado que aquellos jueces carecieron de competencia por la existencia de convenio arbitral, y que por tanto al haber actuado sin competencia, afectaron a los derechos a la tutela judicial efectiva y a la seguridad jurídica.

Hay que resaltar que en este caso la Corte Constitucional salió por los fueros del arbitraje dejando sin efecto

las decisiones judiciales que atentaron contra este sistema de justicia que cada día se difunde más y más a nivel internacional y también dentro de las fronteras de muchos de nuestros países latinoamericanos. Se trata, en este caso, de una sentencia alentadora que de alguna manera devuelve la fe en el sistema de justicia constitucional cuando el demandado no es el Estado¹¹⁷, y en la administración de justicia ecuatoriana que se halla en un muy lamentable estado de deterioro moral por la inexistencia de escrúpulos por parte de muchos de los operadores de justicia –como ahora se los llama–. Hay que saludar esta sentencia de la Corte Constitucional, porque está sentando un precedente muy saludable para la existencia y vigencia del sistema arbitral, que fue gravemente atacado y ofendido con las sentencias dejadas sin efecto.

5.2. Subjetivas

También las limitaciones subjetivas están dadas básicamente por la arbitrabilidad, pero no ya por la arbitrabilidad objetiva de que acabamos de hablar, sino por la subjetiva, entendida como la capacidad de las personas para someterse al arbitraje¹¹⁸, especialmente la capacidad de las instituciones o entidades públicas; y nos referimos a estas últimas en

¹¹⁷ Pues si el demandado es el Estado, hoy por hoy no hay posibilidad alguna de que la Corte Constitucional se pronuncie en contra del Estado y peor en contra del gobierno actual, que invade la órbita de acción de la justicia, declara culpables e inocentes e infunde temor en los jueces.

¹¹⁸ SALCEDO CASTRO, Myriam. *La arbitrabilidad subjetiva: la capacidad de las entidades públicas para concluir contratos de arbitraje*. Ensayo publicado en la obra colectiva *El Contrato de Arbitraje*, EDUARDO SILVA ROMERO, Director Académico y FABRICIO MANTILLA ESPINOSA, Coordinador Académico. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario, Legis Editores S.A., 2005, p. 113.

particular, puesto que en lo que se refiere a las personas naturales o incluso a las personas jurídicas de derecho privado, son aplicables las reglas generales que sobre capacidad civil se recogen en los códigos y leyes de la República del Ecuador, y a todas ellas se aplica la arbitrabilidad objetiva de la que ya tratamos, pues para someterse al arbitraje no tienen más limitación que aquella constante en la disposición que definiendo el sistema arbitral, dice que “es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, *las controversias susceptibles de transacción*, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”¹¹⁹ (la cursiva es nuestra). No existe otra limitación general y así de absoluta (objetiva) que se aplique a las personas naturales o físicas y a las personas jurídicas de derecho privado, salvo, en el caso de estas últimas, que por alguna situación muy particular se encontrare impedida de acudir al arbitraje, lo que sería en tal caso una limitación subjetiva.

Es cuando hablamos de entidades del sector público, o cuando se trata de ellas, que encontramos que tienen una limitación muy subjetiva, pues, como lo acabamos de señalar, no la tienen las personas naturales o físicas, ni tampoco las personas jurídica privadas. Es una limitación única y exclusivamente para los entes públicos, dotados o no

de personería jurídica, limitación que está dada por lo que se conoce como arbitrabilidad subjetiva, cual es la de no poder celebrar convenios arbitrales para solucionar por esta vía una controversia resultante de una relación jurídica que no sea contractual, aún cuando se trate de un asunto en el que quepa transacción, pues el literal b) del inciso segundo del artículo 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación pone un límite negativo a la capacidad de estas entidades del sector público para acudir al arbitraje, al disponer imperativamente que la relación jurídica a la cual se refiera el convenio sea necesariamente de carácter contractual.

La razón de esta limitación habría que buscarla en las actas de discusión de la ley en el Congreso y en la comisión legislativa que la tramitó previamente a su aprobación final; pero en todo caso, por no ser nuestro campo el derecho administrativo, para este preciso tema de la arbitrabilidad subjetiva consultamos al Dr. JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN, un distinguido amigo y colega que si es un profundo conocedor del derecho administrativo. La consulta que le hicimos fue: “¿Hay en la legislación administrativa ecuatoriana, alguna disposición por la cual se establezca el llamado *principio de innegociabilidad de las potestades públicas*?” (al que se refiere la autora MYRIAM SALCEDO CASTRO¹²⁰), y nos ha respondido de inmediato exponiendo la siguiente opinión que por su claridad y precisión merecen transcribirse en forma completa, y que dice:

¹¹⁹ Artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

¹²⁰ *Op. cit.*; p. 121.

“En nuestras normas positivas no se habla del principio de innegociabilidad de las potestades públicas. Sin embargo, indico algunas ideas al respecto.

Atendiendo a la denominación literal del principio en mención, entiendo que se alude a un postulado que impediría que las competencias, facultades o atribuciones propias de la autoridad pública sean objeto de negociación o acuerdo que implique, de una u otra manera, renuncia al ejercicio de las potestades públicas, o por lo menos, limitación o restricción de su ejercicio. Si este es el sentido que se quiere dar al denominado “principio de innegociabilidad de las potestades públicas”, yo creo que tendría fundamento en las características esenciales de las mismas potestades públicas.

En efecto, las potestades públicas tienen un carácter institucional y no personal. Es decir, no pertenecen a ningún individuo, sino que se explican en el marco de la organización jurídica del Estado y corresponden a los órganos públicos previstos por el ordenamiento, en cuanto mecanismos de expresión de la voluntad estatal. En tal virtud, no podría la persona de un funcionario negociar sobre sus competencias o facultades, porque simplemente no le pertenecen ni se rigen por su voluntad. Además, es necesario tener presente que el ejercicio de las potestades públicas se explican como un servicio a la colectividad, y este carácter impide que puedan ser negociables ya que están implicados los intereses colectivos. Estas reflexiones tienen sustento en los artículos 226 y 227 de la Constitución.

Además de estas reflexiones, considero que el principio de subordinación al Derecho también impide cualquier negociación sobre las potestades públicas. La autoridad sólo puede hacer lo que dispone el Derecho y estrictamente dentro de los lineamientos que el Derecho establece. La autoridad,

en suma, no tiene autonomía de la voluntad, sino que se somete a una voluntad ajena: la voluntad de la ley. Por ello la doctrina sostiene que en el Derecho público se habla de una “heteronomía de la voluntad”, mientras que en el Derecho privado rige la “autonomía de la voluntad”.

No obstante lo dicho, se debe aclarar que en aquello que no afecte al debido ejercicio de las potestades públicas, la negociación es posible en el Derecho público. Hay gente que lleva al extremo las ideas de “interés general”, “soberanía” o de “institucionalidad” para negar absolutamente la posibilidad de negociación en aspectos de Derecho público, como por ejemplo, los criterios para determinar en casos concretos la base imponible de los tributos, o el significado que se puede dar a la terminología legal en una situación precisa, o bien, el alcance y contenido que en una realidad específica se puede establecer para el ejercicio de una potestad discrecional. Es negociable, por ejemplo, cuál es el justo precio o la compensación de una expropiación. También son negociables con un individuo o una colectividad las medidas de seguridad, que en ejercicio de su facultad discrecional, adoptará la autoridad pública para evitar una situación de riesgo.

La gente que protesta contra la negociación en el Derecho público (tal vez, ideólogos de izquierda o gente excesivamente favorable al autoritarismo), olvida que la vida real es muy rica, y que no se puede impedir que en algunos aspectos se pueda llegar a acuerdos entre el ciudadano y la autoridad porque la vida real rebasa a los dogmas y muchas veces la ley no configura de modo preciso y terminante las realidades a las que se va a aplicar. Una visión democrática y respetuosa del ciudadano y de su libertad sostiene válidamente la negociación entre el ciudadano y la autoridad, porque la

autoridad no se explica por sí misma, ni para deleitarse con el ejercicio del poder, sino que se explica por el servicio al hombre, a sus derechos y a sus libertades”.

En conclusión, pese a que puedan ser plenamente factible ciertas negociaciones en el ámbito del derecho administrativo, nada que se relacione con las potestades o competencias públicas que detentan los entes de esta naturaleza puede ser sometido a arbitraje ni puede ser, por tanto, materia de convenio arbitral celebrado entre tales instituciones y personas del derecho privado, porque hay expresa prohibición legal para hacerlo, y porque todo lo que está prohibido y se lo hace es nulo y de ningún valor¹²¹, como se vio anteriormente.

5.3. Formales

Son limitaciones impuestas más bien por la forma en que debe celebrarse y en que en realidad se haya celebrado el convenio arbitral. Habíamos ya visto que el convenio arbitral debe celebrarse por escrito y llevar la firma de las partes, pero que puede hacérselo válidamente por instrumento privado, sin que sea indispensable que se lo suscriba por instrumento público como fue la exigencia normal en las antiguas legislaciones sobre arbitraje que constaban por regla general en los códigos procesales en materia civil. Nos remitimos, entonces, a lo expresado en el punto 3.2 del presente ensayo.

Pero también entran en las limitaciones formales, los convenios arbitrales contenidos en contratos de adhesión, normalmente empleados por los prestadores de servicios al público, como los contratos de transporte de personas o de mercaderías, bien sean por vía terrestre, marítima, fluvial o aérea, o contratos de cuenta corriente con las instituciones financieras, o ya también contratos de seguro (pólizas), etc., pues en ellos el redactor del contrato, que siempre es el prestador del servicio, impone (o puede imponer) condiciones gravosas y abusivas que el legislador ha querido atemperar, como lo ha hecho, por ejemplo, en la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, que prohíbe que en los contratos de adhesión se contengan, entre otras, cláusulas que impongan la utilización obligatoria de un arbitraje o mediación, salvo que el consumidor manifieste de manera expresa su consentimiento¹²², y esta cláusula prohibida no puede ser otra que la que contenga un convenio arbitral, pues solamente tal convenio convierte en obligatorio para las partes que lo suscriben, la sumisión al arbitraje pactado.

5.4. Conclusión

Fuera de las limitaciones antes enunciadas, esto es, fuera de las limitaciones objetivas, subjetivas y formales ya mencionadas, no existe otra limitación a la autonomía de la voluntad de

¹²¹ Artículo 9 del Código Civil.

¹²² Artículo 43 N° 4. Esta ley fue promulgada en el Suplemento del Registro Oficial N° 116, del 10 de julio de 2000.

las partes que suscriben convenio arbitral, y nadie las puede imponer por fuera de las mismas partes, pues esta autonomía de la voluntad tiene incluso respaldo en la Constitución de la República –como lo vimos en el acápite 2.2 del presente ensayo– y no tiene más límite que las propias normas constitucionales, el orden público¹²³ (o sea, en definitiva, la misma Constitución) y las buenas costumbres¹²⁴. Esto significa que ninguna ley de carácter inferior a la Constitución de la República, ningún reglamento por importante que sea, o peor un simple reglamento dictado por una entidad privada, puede prevalecer por sobre el convenio arbitral que recoge y contiene la expresión de la autonomía de las partes en este campo, y que por ser

tal se halla incluso por encima de muchas leyes, pues como ya vimos en el acápite 2.2 del presente ensayo, la autonomía de la voluntad de las partes se encuentra garantizada en el N° 16 del artículo 66 de la Constitución de la República, la que, además, por el mandato expreso del principio consagrado con el N° 4 del artículo 11 de la misma Carta Política, no puede ser restringida por ninguna norma jurídica. Es más, los mismos jueces y la función judicial como tal quedan limitados a hacer respetar y ejecutar las convenciones de las partes como las leyes mismas, sin entrar a analizar su contenido, salvo en el caso de que sus cláusulas o efectos fueren contrarios al orden público o a la moral o a las buenas costumbres¹²⁵.

¹²³ "(...) Necesariamente, todas las leyes de Derecho público, es decir, aquéllas que reglamentan la organización y atribuciones de los diferentes poderes y de sus agentes, así como las obligaciones y derechos de los particulares en materia política, electoral, de impuestos, servicio militar, etc", dicen los tratadistas: PLANIOL, Marcel y RIPERT, Georges en su obra: *Tratado Elemental de Derecho Civil*. México D.F., 2003. ISBN: 968-401-047-8. Edición 1981, p. 148.

¹²⁴ MANTILLA ESPINOSA, Fabricio (*Op. cit.*; p. 239), citando a FOYER, Jacques (*Les bonnes Movers*. In 1804-2004. *Le Code Civil. Un passé, un présent, un avenir*. Paris: Ed. Dalloz, 2004, pp. 495 y ss.), dice que por buenas costumbres se entiende, normalmente, aquellas reglas de moral social consideradas fundamentales para el orden de la sociedad misma.

¹²⁵ CHARNY, Hugo. *Op. cit.*; p. 970.

ESPAÑA

MODERNA PATOLOGÍA DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE

JOSÉ MARÍA ALCANTARA GONZÁLEZ (*)

SUMARIO: 1. Breve Introducción. 2. Cambios en el Convenio Arbitral. 2.1. Acuerdo por escrito. 2.2. Elementos mínimos para el Convenio arbitral. 2.3. Independencia del Convenio Arbitral. 2.4. Ausencia del “Convenio Arbitral”. 2.5. Efectos del Convenio Arbitral frente a terceros “Res inter alios acta”. 3. Consideraciones finales.

1. BREVE INTRODUCCIÓN

El convenio arbitral o “*arbitration agreement*” ha constituido desde 1958 columna basal de todo el sistema arbitral. Sin pacto sumisorio al arbitraje, contraído previamente, y en forma expresa, las partes no pueden obligarse mutuamente a acudir a la vía arbitral. Esta “patología” ha sufrido importantes cambios en los últimos tiempos que analizaremos a continuación.

2. CAMBIOS EN EL CONVENIO ARBITRAL

2.1. Acuerdo por escrito

El requisito de “*in writing*” exigido por el artículo 2 del Convenio de New York

de 1958 tenía un contenido ciertamente flexible ya que no exigía firma de los contratantes ni unidad de documento o acto y admitía el intercambio de correspondencia, telegramas y telefaxes del que pudiese deducir prueba suficiente de la existencia de un acuerdo para someter a arbitraje las posibles discrepancias.

Los progresos en las técnicas de comunicación sucedidos desde entonces han llevado a incluir en la expresión “*in writing*” el correo electrónico siempre que exista un soporte que pueda dejar constancia del acuerdo (por ejemplo la confirmación de recepción de un correo electrónico de aceptación)¹. La fórmula seguida desde la Ley Modelo de UNCITRAL es la de admisión de todo medio de telecomunicación que deje constancia del acuerdo.

(*) Socio de AMYA Abogados, Madrid, España. Presidente del “Internacional Maritime Conciliation and Mediation (IMCAM) Panel”.

¹ Para el derecho Inglés por su parte, el significado de “*agreement in writing*” se puede encontrar en las siguientes situaciones, explicadas en la obra de AMBROSE CLARE and MAXWELL KAREN. *London Maritime Arbitration*. Second Edition. Consultant Editor Bruce Harris, 2002, p. 29: “a) “*if the agreement is made in writing (whether or not it is signed by the parties)*”. This category encompasses all ordinary written contracts, whether or not they are signed. “b) *if the agreement is made by exchange of communications in writing*”. Under section 5(6), references

Sin embargo, el requisito formal de constancia escrita supone aún una importante limitación para el uso del arbitraje. Y ello fue apuntado y discutido durante las jornadas conmemorativas

del 40 aniversario de la Convención de New York. Otras fórmulas, como por ejemplo, la aceptación tácita de una factura con condiciones de venta que incluyen una cláusula arbitral²; la remisión al

to anything being "in writing" include it being recorded "by any means". Accordingly, this category would include faxes, telex and also e-mails in which an agreement to arbitrate was recorded. This is consistent with pre-1996 Act law. ... "c) if the agreement is evidenced in writing". This category includes oral agreements which are recorded by one of the parties or by a third party acting with the authority of the parties: section 5(4). This would include, for example, agreements made during arbitral proceedings and recorded by the arbitrator.

In addition, section 5(3) of the 1996 Act confirms that an oral agreement which incorporates by reference terms which are in writing does qualify as an agreement "in writing". The reference could be to a written agreement containing an arbitration clause (for example, the LMAA arbitration clause) or to a set of written arbitration rules (for example, the LMAA Terms). For example, this category would cover an oral salvage agreement incorporating the Lloyd's Open Form.

Finally, section 5(5) of the 1996 Act makes clear that an agreement constituted by exchange of written submissions in arbitral or legal proceedings in which the existence of the agreement is asserted by one party and not denied by the other is also an agreement "in writing". This concept, which derives from article 7 of the Model Law, represents a notable widening of the category of "agreements in writing". The requirement of an exchange of submissions will, however, prevent a written agreement arising by virtue of a mere failure to respond to the other party's submissions".

- ² Tipo Resolución: Auto. Fecha: 02/10/2001. Jurisdicción: Civil. Ponente: José Ramón Vázquez Sandes. Origen: Tribunal Supremo (España) Sala: Primera. Exequatur. Laudo arbitral dictado por la Cámara de Comercio Central de Finlandia. Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958. "Evidentemente, la certificación expedida por el Tribunal arbitral no es hábil para tener por satisfecho el requisito exigido por el art. IV. 1-b del Convenio: corresponde al Tribunal del exequatur verificar su concurrencia, a los efectos del reconocimiento de la eficacia del laudo extranjero, al margen y con independencia del juicio del árbitro o del órgano arbitral sobre la celebración del acuerdo sobre el arbitraje. Pero en este caso ha de compartirse la conclusión a la que éste llega, vista la documentación aportada, pues del intercambio de comunicaciones entre las partes cabe inferir que la relación contractual quedaba sometida a una determinada ley material, y que las controversias surgidas habían de ventilarse a través del arbitraje institucional referido en las modificaciones introducidas a las Condiciones Generales que constituían la *lex contratus*. La mercantil oponente alega que no recibió dichas Condiciones Generales ni las modificaciones a ellas, y arguye que no puede darse valor vinculante al silencio a los efectos de tener por cumplido el requisito impuesto por el art. IV. 1-b) de la norma uniforme. Dicho alegato, sin embargo, no se compadece con el hecho de que, por un lado, en sus respuestas a la solicitud de licitación y al pedido de suministro no hubiese introducido ninguna variación, enmienda o alteración de las Condiciones modificadas unilateralmente por el adquirente, aquí demandante del exequatur. Los faxes no aportados, y a los que se refieren tanto las comunicaciones obrantes en autos como el propio laudo, parecen tener por objeto determinados aspectos técnicos y meramente comerciales de la operación, sin afectar a los estrictamente jurídicos relativos a la ley aplicable y a la sumisión a arbitraje. Por otro lado, resulta difícil de explicar que un diligente comerciante no haya reclamado las condiciones que iban a regular la vida del contrato —pues no consta que así lo hubiese hecho—, llevando a cabo, en cambio los actos típicos convenidos para llegar a la perfección del mismo e, incluso, perfeccionándose éste, cuestión por demás no discutida. Semejante inactividad no tiene explicación si no es porque, de ser como efectivamente afirma la oponente, conocía en cualquier caso el contenido de dichas condiciones y de sus modificaciones. Y en lo que concierne al valor del silencio o inactividad de esa parte, no se trata, al contrario de lo que afirma, de atribuir eficacia a la conducta omisiva, pues se realizaron actos suficientemente demostrativos de la voluntad de aceptar los términos del negocio jurídico que iba a celebrarse considerados en su conjunto, y, por lo tanto, las Condiciones Generales de Contratación modificadas que habrían de integrar su contenido, entre las cuales se encuentra, como ya se ha visto, el acuerdo arbitral. Esos actos típicos no sólo se refieren a las fases previas

contratante de unas condiciones generales, previamente discutidas y no rechazadas³, o con inclusión de un compromiso arbitral, previamente acordadas; el acuerdo verbal

a la perfección del contrato, sino también, una vez efectuado el pedido del suministro, a la confirmación de éste que perfecciona el contrato según lo estipulado en las propias Condiciones Generales, confirmación que la mercantil contra la que se dirige la ejecución no niega más que en el puntual extremo referido a la cláusula arbitral, aceptando, en cambio, que el contrato se perfeccionó según lo dispuesto en tales condiciones. Se debe, por tanto, considerar satisfecho el requisito que establece el art. IV, 1-b) del Convenio en la medida en que se han aportado con la demanda de *exequatur* documentos de los que razonadamente cabe inferir la voluntad concorde de las partes de someter las controversias surgidas en la ejecución del contrato a la decisión arbitral, y que se manifiesta en la aceptación de las Condiciones Generales en su conjunto, con las modificaciones introducidas por la compradora —y, en consecuencia, del acuerdo arbitral también modificado contenido en ellas—, las cuales, conforme a las exigencias de una ordenada y diligente contratación, deben presumirse conocidas por la oponente al *exequatur*; voluntad aquella que se exterioriza, además, por la realización de los actos típicos que llevan a la perfección del contrato sin efectuar observaciones, enmiendas o propuestas de modificación a tales Condiciones más que, al parecer, en lo atinente a aspectos puramente técnicos o comerciales. De todo lo cual, y teniéndose en cuenta las prácticas comerciales internacionales, se puede cabalmente inferir la aquiescencia al conjunto de las estipulaciones que habrían de regir el contrato, incluida la referida a la ley aplicable y a la sumisión a arbitraje, no obstante la indiscutible autonomía que esta última presenta respecto del resto de las cláusulas”.

³ Sentencia. Fecha: 22/9/2003. Jurisdicción: Civil. Ponente: Aurelio Herminio Vila Dupla. Audiencia Provincial de Navarra (España). “En la sentencia apelada se afirma que la cláusula de sumisión a arbitraje es abusiva, pero nada se argumenta. Valoradas las circunstancias que se dan en el presente caso, contrato de garantía internacional sobre dos complejos motores de cogeneración de energía eléctrica alimentados a gas, no puede considerarse abusiva dicha cláusula, máxime si no constituye una estipulación insólita en la contratación internacional de bienes de equipo destinados a plantas industriales. Como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2001 (RJ 7526) «el denominado arbitraje internacional bien puede decirse que ha conocido el éxito debido a su necesidad, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como la urgente solución de los conflictos mediante simples y a la par eficaces técnicas, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales». Pero es que, además, como también expone la citada sentencia, el tema relativo a la existencia y validez del convenio arbitral, requiere como dato previo determinar la ley aplicable. Tanto el Convenio de Nueva York de 1958 (RCL 19771575 y NDL 2760), como el Convenio Europeo de Ginebra de 1961 (RCL 1968, 155, 641 y NDL 26103) han consagrado el principio de autonomía de la voluntad. Por su parte, el art. 61 de la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, inspirada en la Recomendación del Consejo de Ministros del Consejo de Europa 12/1986, sigue el mismo principio al establecer que «la validez del convenio arbitral y sus efectos se rigen por la ley expresamente designada por las partes, siempre que tenga alguna conexión con el negocio jurídico principal o con la controversia...», lo que acaece en el caso enjuiciado ya que la conexión de la ley del Estado de Tejas con los módulos de cogeneración radica en haber sido fabricados en el citado Estado. Y la validez de cláusulas de sumisión a arbitraje similares a la litigiosa ha sido reconocida por los tribunales norteamericanos, tal como acredita el documento núm. 15 aportado con el escrito de proposición de la excepción dilatoria. Además, dichas cláusulas, que no son contrarias al interés o al orden público, ni perjudican a tercero (art. 6.2 CC), encuentran amparo en el art. 22, 2º LOPJ, «a sensu contrario» (STS 23 de julio de 2001, antes citada). d) No obstante lo expuesto, existe una razón, no recogida en la sentencia apelada, pero sí apuntada por la parte actora, ahora apelada, para rechazar la excepción dilatoria propuesta por la demandada y, a consecuencia de ello, su recurso. Según se desprende del artículo 6.2 de la Ley de Arbitraje, como del art. 2.2 del Convenio de Nueva York antes citado, lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de su voluntad inequívoca de someter las controversias a arbitraje, ex art. 3.2 de la citada Ley (SSTS 1 junio 1999 [RJ 4284]; 13 marzo 2001 [RJ 3978]; 13 julio 2001 [RJ 5222]; 18 marzo 2002 [RJ 2847]). Por ello no debe existir ninguna duda sobre la renuncia de los contratantes a su fuero propio, lo

sobre arbitraje con presencia de testigos, y otras opciones de consentimiento implícito (como el de no oposición a la demanda de arbitraje)⁴. Algunos países ya adoptaron esas fórmulas.

2.2. Elementos mínimos para el Convenio Arbitral

Tradicionalmente, se ha estimado que todo convenio arbitral debe comprender un acuerdo sobre el número de árbitros y su designación, el lugar de celebración del arbitraje y emisión del laudo, la ley aplicable a la controversia y, en algunas ocasiones, el plazo para laudo. En los arbitrajes administrados o institucionales, todos esos elementos vendrán integrados en la referencia del reglamento de procedimiento de la institución impartidora del arbitraje.

En la actualidad, incluso para arbitrajes *ad-hoc* ninguno de tales particulares son ya necesarios o supuestamente imprescindibles bastando con que el convenio arbitral exprese la voluntad indubitada 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 no⁵. A partir de esa “voluntad arbitral”, las partes podrán acordar los restantes extremos, y si no lo consiguieren podrán los árbitros decidirlos por ellos o, incluso, un tribunal ordinario podrá hacerlo junto con el nombramiento de los árbitros en vía de formalización forzosa del arbitraje.

Hay que hacer una excepción respecto al importante elemento de la ley aplicada al fondo de la controversia. Si el convenio arbitral guarda silencio, entonces se optará por imperativo legal bien por

que es un requisito exigido por la jurisprudencia, ex art. 57 LECiv 1881 (SSTS 18 junio 1990 [RJ 4764]; 18 de febrero de 1993 [RJ 1241]).

⁴ “Según resulta tanto del artículo 6.2 de la Ley de Arbitraje de 1988 como del artículo 2.2 del Convenio de Nueva York sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 10 de junio de 1958, lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia más reciente de esta Sala se pronuncia en contra de las “fórmulas sacramentales” como condicionantes de la validez de las cláusulas de sumisión a arbitraje (SSTS 1-6-99, 13-7-01 y 18-3-02) y a favor, en cambio, del criterio respetuoso con la voluntad de las partes presente en el artículo 3.2 de la Ley de 1988 (STS 13-3-01)”. Citado en la Sentencia de fecha 06/02/2003, Jurisdicción: Civil Ponente: Francisco Marín Castán, Origen: Tribunal Supremo. (España).

⁵ Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I) (Aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) “Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje. - (Aprobado por la Comisión en su 39º período de sesiones, celebrado en 2006) 1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente. 2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito. 3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio. 4) El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada

entender que el arbitraje ha de ser decidido conforme a la regla de equidad (Ley de Arbitraje española de 1988, derogada) bien conforme a derecho (Ley de Arbitraje española vigente de 2003⁶). Salvo la opción que permitiría la vía del arbitraje de equidad, son los árbitros los que suplirán el defecto de las partes eligiendo la aplicación de la ley sustantiva que estimen más apropiada, lo que ha de entenderse referido a aquella ley con la que el contrato o los hechos subyacentes guarden mayor conexión.

Por tanto, la voluntad arbitral de las partes puede en todo momento ser completada por la institución arbitral o por los propios árbitros asignados⁷.

2.3. Independencia del Convenio Arbitral

El convenio arbitral podrá tomar cuerpo como cláusula incorporada a un contrato o como un acuerdo separado⁸.

es accesible para su ulterior consulta. Por "comunicación electrónica" se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por "mensaje de datos" se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax. 5) Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra. 6) La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato".

⁶ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Esta norma se verá modificada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial. Entrada en vigor el 4 de mayo de 2010.

⁷ En la exposición de motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje en España, se indica: "El artículo 4 contiene una serie de reglas de interpretación, entre las que tienen especial relevancia las que dotan de contenido a las normas legales dispositivas de esta ley mediante la remisión, por voluntad de las partes, a la de una institución arbitral o al contenido de un reglamento arbitral. Así, esta ley parte en la mayoría de sus reglas de que debe primar la autonomía de la voluntad de las partes. Mas esa voluntad se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje, en virtud de sus normas, o las que puedan adoptar los árbitros, en virtud del reglamento arbitral al que las partes se hayan sometido. Se produce, por tanto, una suerte de integración del contenido del contrato de arbitraje o convenio arbitral, que, por mor (sic) de esta disposición, pasa a ser en tales casos un contrato normativo. De este modo, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de voluntad de las partes, como indirectamente, mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral o se rija por un reglamento arbitral. En este sentido, la expresión institución arbitral hace referencia a cualquier entidad...

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".

⁸ "Sin embargo, existen excepciones a esta regla general de la separabilidad, puesto que i) si el contrato es cedido a un tercero, la inexistencia del contrato respecto al cedente provoca la inexistencia del convenio arbitral respecto a este último, y ii) en determinados casos de

Desde luego, como es sabido, en el primer supuesto la naturaleza autónoma (“*separability*”⁹) del convenio arbitral resistirá el posible vicio de nulidad del resto del contrato¹⁰. Tratamiento especial merecen los llamados “contratos de adhesión”, en los que la validez del convenio arbitral y su interpretación se regirán por lo dispuesto “en las normas aplicables a ese tipo de contrato” (artículo 9.3 Ley española de 2003); pero la determinación de tales normas aplicables vendrá facilitada por la ley que las partes hayan elegido o por aquella que, supletoriamente, los árbitros hayan designado como aplicable, y ello plantea que para poder decidir si el convenio arbitral fue válido habremos de contar con una ley aplicable (salvo en la formalización forzosa en la que el tribunal recurrirá siempre a las normas de su foro), lo que conducirá inevitablemente al litigio judicial.

2.4. Ausencia de “Convenio Arbitral”

En los tiempos actuales, la falta de convenio arbitral no impedirá a las partes

interesadas en dirimir una determinada controversia mediante la sumisión de la misma a arbitraje con posterioridad al nacimiento de la controversia o de la reclamación. Lógicamente, el horizonte estará abierto sólo a medias porque la falta de un convenio arbitral válido impedirá a una de las partes exigir ante un tribunal la realización de un arbitraje no pactado aún. Ello nos lleva a sostener la conveniencia de que pueda invocarse ante un órgano judicial un acuerdo arbitral en forma “no escrita”.

2.5. Efectos del Convenio Arbitral frente a terceros. (“*Res inter alios acta*”)

De manera preliminar tendríamos que distinguir el concepto de “parte procesal” del concepto “partes de la relación sustancial que origina el proceso”, para la primera, es preciso citar a CHIOVENDA quien decía que “parte es aquel que pide en nombre propio, o en cuyo nombre se pide, la actuación de una voluntad de ley (actor, demandante, ministerio público,

nulidad del contrato que contiene el convenio arbitral por vicios del consentimiento, estos últimos podrían alcanzar también al propio convenio”. DE MARTÍN MUÑOZ Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2006, p. 389.

⁹ Harbour Assurance Co (Uk) Ltd -v- Kansa General International Insurance Co Ltd [1993] QB 701. 1 Lloyd's Rep 81. *The plaintiffs reinsured the defendants pursuant to an agreement which contained an arbitration clause. The plaintiffs claimed that the reinsurance agreement was illegal and therefore void ab initio because the defendants were not registered or approved to carry on insurance or reinsurance business in Great Britain under the Insurance Companies Acts. The Court of Appeal held that the illegality of the main agreement did not impeach the arbitration clause, which constituted a collateral agreement, to be construed separately according to its own terms. It was further held that the scope of the clause (which referred to claims arising “out of” the agreement) was wide enough to encompass questions of illegality and invalidity. The arbitrator did, therefore, have jurisdiction to determine the dispute relating to the illegality of the main contract, and the defendants were granted the stay of court proceedings which they had sought.*

¹⁰ La separabilidad de la cláusula compromisoria supone que ésta debe considerarse un acuerdo independiente de las demás condiciones del contrato. Por ende, toda decisión del tribunal arbitral por la que se disponga que el contrato es nulo no comportará de pleno derecho la nulidad de la cláusula compromisoria. http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/07-87001_Ebook.pdf. Consultado el 29.01.2010

etc.), y aquel frente a quien es pedida (reo, demandado, imputado, etc.)”; y parte de la relación sustancial que origina el proceso, sería quien no siendo demandante o demandado en el procedimiento de que se trate, resulta que tiene un interés directo y legítimo en la relación jurídica y sus efectos que se tratan en el procedimiento.

Es preciso citar la disposición contenida en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en España¹¹ que expresamente dispone: “*Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito*”. Mas adelante el artículo 14 del mismo texto legal dispone: “*En caso de que la ley permita que el demandante llame a un tercero para que intervenga en el proceso sin la cualidad de demandado, la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas*

facultades de actuación que la ley concede a las partes (...)”.

Esta disposición legal que entendemos que existe de manera más o menos similar en otros países de tradición civilista, consagra un derecho para intervenir en un procedimiento judicial, a un tercero, siempre que lo discutido entre las partes del pleito le puede afectar de manera objetiva y demostrable.

Entendemos que esta facultad es la que permite que terceros puedan, con fundamento además en su derecho a la tutela judicial efectiva, intervenir en un proceso arbitral en el que el laudo le afecte en el sentido que antes hemos anotado¹². De lo anterior debemos de tener en cuenta que la mayor parte de los arbitrajes tienen lugar entre personas que desde un principio fueron partes del convenio arbitral y de la transacción principal subyacente. Sin embargo, puede suceder que la reclamación sea hecha por o contra alguien que no figuraba como parte en un principio¹³. En tales

¹¹ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (España).

¹² Por ejemplo en el Reglamento del *Consolat de Mar* de Barcelona (Centro de Resolución de Conflictos de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona) se prevé en el Artículo 11 “El tribunal arbitral podrá, a petición de cualquiera de las partes y oídas todas ellas, admitir la intervención de uno o más terceros como partes en el arbitraje”.

¹³ DE MARTÍN MUÑOZ, Alberto y HIERRO ANIBARRO, Santiago. *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Marcial Pons. Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2006, p. 307. Los autores sostienen citando a CHILLÓN MEDINA y a MERINO MERCHÁN, que: “ Por otro lado, la *extensión* del convenio arbitral a contratos distintos de aquél en el que se estipuló y por tanto también sujetos que en dicho momento estaban fuera del ámbito de aplicación del mismo, pueden también plantear dificultades. Esta problemática se presenta por ejemplo ante la presencia de contratos suscritos en el ámbito de un *master agreement* o contrato marco en el que figura el convenio arbitral; o cuando en una relación contractual entra en juego la fianza, extendiendo el contrato principal su eficacia al fiador; o en los contratos celebrados con una sociedad perteneciente a un grupo de empresas cuando el contrato se estipula un convenio arbitral y en la ejecución de dicho contrato participan otras sociedades del grupo no firmantes del mismo; o cuando en una serie de contratos celebrados por las mismas partes por la existencia de una relación de negocios entre ambas se estipula un convenio arbitral pero en contratos celebrados con posterioridad y con motivo de la misma relación de negocios éste no figura”. Sobre este último ejemplo es citado VIDAL FERNÁNDEZ B. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Barcelona: Bosch, 2004, p. 246.

circunstancias, se puede plantear un difícil problema en cuanto a si tal reclamación puede ser objeto de arbitraje¹⁴.

Los supuestos pueden abarcar las siguientes situaciones:

2.5.1. El reclamante siempre fue hecho “parte” del contrato pero no figuraba mencionado en el mismo¹⁵. En su caso, el demandado.

¹⁴ Para GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros autores, en la obra *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Madrid: Bosch, 2004, p. 247, las soluciones son distintas según se trate, veamos: “La legislación internacional ofrece otras soluciones alternas, pero con otros efectos negativos que las hacen menos útiles que la acogida por el legislador español. Así la Ley Modelo CNUDMI invierte el principio: el tribunal arbitral sólo conocerá del litigio cuando el juez haya declarado que es competencia de los árbitros, en cuanto ordena al órgano judicial remitir el asunto al tribunal arbitral si alguna de las partes así lo pide *excepto si constata* que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible. En este sistema corresponde por tanto al juez verificar la validez del convenio arbitral alegado, salvo en el caso de que la incompetencia se haya planteado ante el propio tribunal arbitral. La solución tiene el aspecto positivo de dejar clara la competencia del órgano llamado a resolver el conflicto, pero al remitir la resolución de esta cuestión a los órganos jurisdiccionales deja lugar a la posibilidad de favorecer maniobras dilatorias.

Algunos reglamentos de Instituciones Arbitrales internacionales acogen como solución de esta cuestión la de entregar a la propia Institución Arbitral el poder controlar “*prima facie*” la existencia del convenio arbitral. De modo que la institución sólo pondrá en marcha el mecanismo de constitución del tribunal arbitral después de constatar la realidad del convenio entre las partes litigantes. Pero en los supuestos problemáticos que estamos tratando, de transmisión o de extensión del convenio arbitral, este control “*prima facie*” está abocado al fracaso, pues la parte interesada en el arbitraje no puede presentar una cláusula arbitral que no está contenida en el contrato del que deriva directamente el litigio (puesto que se encuentra en otro contrato. Si en estas hipótesis la Institución Arbitral llega a una conclusión negativa sobre la existencia del convenio arbitral invocado, priva a la parte solicitante tanto del arbitraje como de la posibilidad de que el extremo de la realidad de la transmisión o de la extensión de la cláusula sea verificado por el propio tribunal arbitral (en aplicación del principio internacionalmente acogido de la “*Kompetenz-Kompetenz*”). En este sistema se puede dar la paradójica situación de que la Institución arbitral se arrogue un poder que le es negado al órgano judicial estatal (en virtud de dicho principio “*Kompetenz-Kompetenz*”). Y el peligro de este sistema no termina aquí, pues si bien es cierto que la parte interesada siempre puede acudir al juez demandando que decida sobre la validez de la transmisión o de la extensión del convenio, esto es sobre su existencia, por el juego del principio mencionado el juez sólo puede hacerlo remitiendo al tribunal arbitral, único competente para decidirlo.

En la Ley Alemana reguladora del procedimiento arbitral, de 22 de diciembre de 1977, se reconoce la facultad del juez alemán para constatar si el convenio arbitral que provoca su incompetencia para conocer de la controversia es válido o no, en tanto no se haya constituido el tribunal arbitral, a instancia de parte.

En la regulación española corresponde a los árbitros decidir sobre la validez de la cláusula de transmisión del convenio, que sólo puede descansar sobre la voluntad de las partes de aceptarla. La aplicación de este principio es más sencilla cuando los litigantes son los que han firmado directamente el convenio, manifestando así su clara voluntad de renunciar a la jurisdicción estatal. Pero la cuestión se complica cuando los sujetos afectados (contendientes y firmantes del convenio) no coinciden. Entonces se plantea el problema de determinar la amplitud de la facultad reconocida al juez para investigar y verificar la existencia o no de un convenio arbitral válido entre quienes no figuran como firmantes del alegado. Ciertamente la validez de la cláusula de extensión del convenio descansa sobre el principio de eficacia del convenio arbitral, que supone la necesaria extensión de su aplicación a las partes directamente implicadas en la ejecución del contrato y de los litigios que puedan derivar del mismo”.

¹⁵ Comentario citado en la obra de MUSTIL MICHAEL J. and BOYD STEWART C. *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*. (Publishers: Butterworth & Co) Ltd. London, 1982, p.105 “1. There are many instances where, in a High Court action, it will be necessary for the claimant to join the nominal party either as co-plaintiff or as co-defendant, so that he will be

2.5.2. El reclamante ha quedado subrogado en los derechos de aquél que aparecía designado

en el contrato (y en el convenio arbitral)¹⁶. Esto es frecuente¹⁷.

bound by the result of the proceedings, and the defendant will get a good discharge. There is no mechanism in arbitrations for joining the nominal party as an additional respondent, and the arbitrator ought not in our view to proceed to an award unless the nominal party consents to be named as an additional claimant. It is not unusual to see awards made in the name of an agent alone. We suggest that the principal ought also to be a party”.

- ¹⁶ Sentencia. Fecha: 20/11/2008. Origen: Tribunal Supremo (España). Sala: Primera. Jurisdicción: Civil. Ponente: Juan Antonio Xiol Ríos. “Ello es así porque si la aseguradora demandante actúa por subrogación de su asegurado, tendrá los mismos derechos de éste y se le podrán oponer las mismas excepciones, habiéndolo entendido así el TS en la sentencia de 13-10-1993 en la que, con cita de la de 11-11-1991, señala que la subrogación prevista en la ley con finalidad de reintegro, produce el efecto de transferir al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros (artículo 1210 CC), y aunque pronunciada en el ámbito del seguro marítimo ha de considerarse aplicable a otros supuestos en los que lo que se ejercita es el mismo derecho de subrogación; línea esta en la que igualmente se ha pronunciado la SAP Barcelona 1-3-2000 al considerar vinculante para la aseguradora que se subrogó, tras el pago, en la posición de la asegurada, la excepción de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje pactada en un contrato en el que aquella no había tenido intervención; siendo también elocuente la SAP Cantabria de 9-12-1998 en la que se verifica un estudio de la novación modificativa que acaece cuando la aseguradora se subroga en los derechos de su asegurado, señalando que esta novación, que se presume en virtud del pago efectuado (artículo 1210 CC), transfiere al subrogado el crédito con todos los derechos a él anexos, tal y como así lo establece el artículo 1210 mencionado, colocándole en la misma posición jurídica que el acreedor en cuyo lugar se subroga; concluyendo, por tanto, que la cláusula inserta en el contrato sería aplicable a la aseguradora cuando la asegurada ha aceptado la sumisión de forma expresa. Aplicando lo expuesto al caso de autos, es por lo que decimos que no puede compararse el motivo expuesto por el juzgador para desestimar la excepción de arbitraje, al evidenciarse la oponibilidad de la cláusula pactada a la aseguradora demandante; debiendo además significarse que la sumisión al Tribunal Arbitral de Barcelona viene siendo expresamente admitida por el TS, siendo exponente de ello la sentencia de 30-11-2001; de ahí que cuantas argumentaciones se expusieron por la parte demandante en orden a oponerse al arbitraje de equidad por el motivo atinente a la institución a cuyo conocimiento se sometía deban ser desestimadas. Lo que hasta aquí se ha razonado podría hacer pensar en la procedencia de la estimación de la excepción opuesta, sin embargo ello no es así porque no hay que olvidar que el juzgador *a quo* ofreció otra razón para no dar lugar a aquella. Así, en el auto antes mencionado se aludía por el juez de instancia, como razón para no acoger la excepción, al hecho de reclamarse en la demanda unos daños y perjuicios con motivo de un siniestro acaecido con posterioridad al contrato de ejecución de obra suscrito, teniendo su fundamento la pretensión indemnizatoria actuada en la concurrencia de culpa o negligencia en la actuación de la demandada, responsabilidad ésta que en su caso pudiera tratarse de la extracontractual expresamente mencionada en la demanda deducida, la cual no quedaría sujeta al arbitraje, dado el tenor literal de la cláusula de sumisión pactada; razón esta que fue reiterada en el auto de 2 de abril de 2001, por el que se desestimó el recurso de reposición interpuesto, en el que se insistió que lo que era objeto de discusión en la litis no era propiamente la interpretación o ejecución del contrato, sino la indemnización reclamada por hechos posteriores al mismo. Este motivo desestimatorio pretende desvirtuarlo la parte recurrente aludiendo a que la sentencia que pone fin al proceso no ha encontrado elementos para condenar por responsabilidad civil extracontractual, habiendo apreciado un supuesto cumplimiento defectuoso del contrato; por lo que considera que este extremo sí estaba sujeto a la cláusula de arbitraje pactada. Frente a tal alegato debe señalarse que en modo alguno resulta atendible que pretenda rebatirse la desestimación de una excepción mediante una remisión al examen que efectúa la sentencia apelada de la cuestión de fondo discutida en la litis; siendo evidente que el juicio sobre la procedencia del arbitraje no debe efectuarse *ex post*, esto es, mediante un análisis de aquella, sino que debe verificarse con el carácter previo que caracteriza a las excepciones propiamente dichas, como

2.5.3. El reclamante accede al contrato en virtud de una novación, en la que puede sustituir al acreedor o al deudor, o en virtud de una cesión del contrato¹⁸. En su caso, el demandado sustituyendo al deudor original.

2.5.4. El demandado ha incurrido en responsabilidades colaterales a la obligación principal configurada en el contrato.

La situación descrita en 2.5.4 tiene mayor interés en la práctica ya que corresponde a los supuestos en los que el demandado garantiza el cumplimiento de las obligaciones de una de las partes en el contrato.

La situación 2.5.3 es, por otra parte, muy común ya que el reclamante recibe por vía de cesión los beneficios del contrato. Con nexo causal y legal. No hay que confundirla con aquella de contratos realizados “en beneficio de tercero”, en los que el tercero no tiene tal vínculo jurídico explícito a su favor (por ejemplo, el contrato de clasificación de buques).

En todos estos supuestos se configura la necesidad de que el convenio arbitral pueda ser válidamente utilizado por aquellos que no lo suscribieron ni fueron parte del mismo, es decir, superando así la estricta doctrina “*Res inter alios acta*”¹⁹.

Desde una óptica anglosajona, cita-mos el caso del buque “The Smaro”, citado en la

lo es la opuesta y, por tanto, circunscrito a la pretensión ejercitada en la demanda, siendo a la luz de ella y atendidos los términos de la cláusula suscrita como debe resolverse. Precisamente, y en lo que atañe a la literalidad de la cláusula pactada debe señalarse que en el pacto octavo inserto en el condicionado general del contrato se estableció que «todo litigio o cuestión derivado de la interpretación o ejecución del presente contrato se resolvería precisamente mediante arbitraje de equidad»; reiterándose en la cláusula 15ª de las condiciones generales, con sometimiento al arbitraje institucional del Tribunal Arbitral de Barcelona”.

¹⁷ En la obra de CHILLON MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1978, p. 360, se analiza el ejemplo del contrato de garantía, en el que un fiador normalmente una entidad bancaria, asume la obligación de pagar o de responder por las consecuencias negativas de la inejecución o ejecución defectuosa de un contrato principal en el que se encuentra obligado el afianzado (deudor). Lo relevante en estos casos es que el contrato de garantía se haya incorporado a las condiciones del contrato principal en el que se encuentre la cláusula de sumisión al arbitraje, de lo contrario, es decir, si la garantía contractual opera de manera autónoma e independiente del contrato principal, podría decirse que el fiador ha quedado por fuera de la relación jurídica del contrato principal y por tanto de su clausulado, lo que llevaría a cuestionar la competencia de los árbitros para conocer del contrato de garantía que vincula únicamente a fiador y afianzado.

¹⁸ CHILLON MEDINA, José María y MERINO MERCHAN, José Fernando. *Op. cit.*; p. 358. “Si la cesión se realiza totalmente, la parte cedente desaparece ante la cesionaria, manteniéndose la dualidad de partes. Con todo, el problema surge en relación a la cesión parcial del contrato, y particularmente en torno a la existencia de subcontratistas, que es un supuesto normal en contratos de cierta envergadura”.

¹⁹ En Colombia, por ejemplo el Decreto N° 1818 de 1998, sobre Arbitraje y Otros Procedimientos Alternativos de Solución de Controversias Comerciales, dispone en su Artículo 149 y 150 lo siguiente: “Artículo 149. Cuando por la naturaleza de la situación jurídica debatida en el proceso, el laudo genere efectos de cosa juzgada para quienes no estipularon el pacto arbitral, el Tribunal ordenará la citación personal de todas ellas para que adhieran al arbitramento. La notificación personal de la providencia que así lo ordene, se llevará a cabo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su expedición. Los citados deberán manifestar expresamente su adhesión al pacto arbitral dentro de los diez (10) días siguientes. En caso contrario se declararán extinguidos los efectos del compromiso o los de la cláusula compromisoria para

obra *London Maritime Arbitration, Second Edition*, que expresamente dispone:

“In The Smaro²⁰ a ship sale agreement was entered into by Sellers with Buyers “or a company to be nominated”. Buyers eventually nominated X to take delivery. A dispute arose and arbitrators were appointed by Sellers and Buyers. X then also appointed the arbitrator already appointed by Buyers. Sellers disputed whether X had validly commenced arbitration and an issue arose as to whether X could join the existing arbitration between the Buyers and Sellers. Rix J decided that X had properly joined the arbitration by obtaining the arbitrator’s consent to act as their arbitrator and by giving notice to Sellers and the other arbitrators. He considered that where a claim under a contract has been submitted to arbitration under that contract’s arbitration clause, another claim based on identical facts brought by another party to the contract could be referred to the same arbitration, even if one of the parties to the arbitration did not consent to this. The position would, however, be different if the claimants could not agree on a single arbitrator or a single arbitration”.

Los anteriores ejemplos plantean un cierto régimen evolutivo a favor de la

institución arbitral, que va aligerando el peso del “Convenio Arbitral” a través de la separación de requisitos formales y de otros, otrora esenciales, relativos al consentimiento de las partes. Una tendencia “liberal” se reafirma, asimismo, en la incorporación de terceros a procedimientos arbitrales que les afectan (contratos realizados en beneficio o en perjuicio de tercero).

3. CONSIDERACIONES FINALES

El convenio arbitral habrá de convertirse así en “piedra filosofal” del Arbitraje Comercial por cuanto será la intención de arbitrar una determinada contienda, manifestada antes o después o incluso consentida en un contexto de relación comercial, la que importe a los efectos de privar de competencia a los órganos judiciales. Más aún, como hace la Ley 60/2003 española la mera falta de oposición o de cuestionamiento sobre el pacto arbitral en las alegaciones de defensa en un arbitraje constituirá una forma de acuerdo arbitral. El Arbitraje no es una “jurisdicción” pero su naturaleza *cuasijurisdiccional* ha de fortalecerse hoy en su dimensión máxima, como hacen ya las más modernas leyes de arbitraje, dentro de

dicho caso, y los árbitros reintegrarán los honorarios y gastos en la forma prevista para el caso de declararse la incompetencia del Tribunal. Igual pronunciamiento se hará cuando no se logre notificar a los citados. Si los citados adhieren al pacto arbitral, el Tribunal fijará la contribución que a ellos corresponda en los honorarios y gastos generales. (Artículo 30 Decreto 2279 de 1989, modificado en su inciso 2 por el artículo 109 de la Ley 23 de 1991, y modificado en el inciso 3 por el artículo 126 de la Ley 446 de 1998). Artículo 150. Intervención de terceros. La intervención de terceros en el proceso arbitral se someterá a lo previsto a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil. Los árbitros fijarán la cantidad a cargo del tercero por concepto de honorarios y gastos del Tribunal, mediante providencia susceptible de recurso de reposición, la cual deberá ser consignada dentro de los diez (10) días siguientes. Si el tercero no consigna oportunamente el proceso continuará y se decidirá sin su intervención”. Artículo 127 de la Ley 446 de 1998 que crea el artículo 30A del Decreto 2279 de 1989”.

²⁰ *Charles M. Willie & Co (Shipping)Ltd vs. Ocena Laser Shipping Ltd* (1999 1 Lloyd's Rep 225), citado en la obra de: CLARE, Ambrose and MAXWELL, Karen. *London Maritime Arbitration*. Second Edition. Consultant Editor Bruce Harris, 2002, p. 199.

un nuevo régimen de contratación mercantil donde los usos y costumbres se afianzan en torno a la “*lex mercatoria*” y en el contexto de un mercado internacional marcado por pautas orientativas de contratación en masa y de formularios estándar frente a los que los viejos principios de la relatividad contractual, de la fehaciencia del

consentimiento y del orden público nacional deben retirar sus murallas y cimientos a fin de que los comerciantes dialoguen y solucionen sus diferencias y problemas transnacionales por medio del Arbitraje y otras técnicas ajenas al litigio judicial que sean compatibles con la rapidez y eficacia del Comercio Internacional.

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE EL CONVENIO Y EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN DERECHO ESPAÑOL

JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Los efectos de la declaración de concurso sobre el convenio arbitral.* 3. *Los efectos de la declaración de concurso sobre los procedimientos arbitrales en curso.* 3.1. *Efectos generales.* 3.2. *Efectos sobre el reparto de competencias.* 4. *Efectos del laudo arbitral.* 5. *La impugnación de convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude.* 6. *Aspectos transnacionales de la declaración de concurso.* 7. *Conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

Los efectos jurídicos que tiene para el arbitraje la declaración de concurso han sido poco examinados por la doctrina, lo que sin duda es consecuencia de la parquedad con la que la Ley Concursal española (en adelante, “LC”) trata la relación entre estas dos instituciones.

En efecto, la LC dedica solo los artículos 52 y 53 al arbitraje, sin perjuicio de que en algunos otros preceptos también se haga referencia a esta institución.

Sin embargo, no cabe duda de que el pobre tratamiento que ha recibido esta cuestión no es proporcional a su complejidad, sobretodo si se tiene en cuenta la existencia de principios contradictorios en ambos ámbitos. Así, mientras que en el arbitraje prevalece el

principio de autonomía de la voluntad de los contratantes y el principio más conocido por sus términos ingleses *privity of contract*, por el cual las partes se obligan a someter sus controversias a arbitraje con exclusión del juez predeterminado por la ley, el derecho concursal se superpone a la voluntad individual y determina la sumisión de toda las cuestiones que afecten al deudor al juez del concurso. La autonomía de la voluntad queda, de esta manera, supeditada o suspendida por la *vis atractiva* propia de la naturaleza universal del concurso.

2. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL

Los efectos de la declaración de concurso sobre el convenio arbitral vienen

(*) Socio of Counsel del Departamento de Litigación y Arbitraje de J&A Garrigues S.L.P.

regulados en el artículo 52 de la LC, el cual establece en su primer apartado que “los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales”. Esta ineficacia no implica dejar sin remedios jurídicos a los cocontratantes del deudor concursado, puesto que la consecuencia inmediata de la misma debe ser que las partes del convenio arbitral no podrán someter las controversias entre ellas a arbitraje y que deberán acudir a los tribunales¹.

Este precepto parece sencillo, no obstante, la lectura del mismo no puede hacerse de forma aislada sino que se tiene que tomar en consideración el resto del articulado de la LC para darle un sentido adecuado en cuanto a su ámbito de aplicación y efectos.

En efecto, para la correcta aplicación de este artículo es necesario determinar cuál es el ámbito temporal, objetivo y subjetivo del mismo, para lo cual se debe acudir a otros artículos de la LC.

Desde un punto de vista temporal, la ineficacia del convenio arbitral perdura solo durante la tramitación del concurso, con lo que se hace necesario determinar cuándo se inicia la tramitación del mismo, puesto que solo a partir de ese momento se producirá la ineficacia del convenio arbitral, mientras que si antes de ese momento se ha iniciado un arbitraje, éste continuará hasta

la firmeza del laudo (artículo 52.2 LC). En este sentido, la Audiencia Provincial de Madrid consideró que el concurso se inicia con la declaración del mismo (AP Madrid, sec. 20, 9 abril 2008, 280/2008), conclusión lógica si se considera el artículo 21.2 de la LC, por el cual el auto de declaración judicial del concurso supone el inicio de la tramitación del mismo aunque no haya sido notificado. Así pues, un procedimiento arbitral iniciado después de la solicitud de la declaración del concurso, pero antes de la declaración del concurso, desplegará sus efectos de conformidad con el artículo 52.2 LC.

Por su parte, el momento de la conclusión del concurso queda determinado por la concurrencia de las causas contempladas en el artículo 176 LC. En particular, cuando el concurso finaliza por convenio cesarán todos los efectos de la declaración del concurso una vez aprobado el convenio y, por tanto, la empresa deja de estar en concurso aunque esté pendiente el auto que declare íntegramente cumplido el convenio, tal y como señaló el Juzgado de lo Mercantil de Barcelona².

De otro lado, para una adecuada aplicación del artículo 52 LC no basta con tener claro en qué momento empieza y acaba el concurso, sino que también habrá que determinar en qué momento se considera iniciado el arbitraje. En este sentido, habrá que considerar que, en general, el procedimiento arbitral se inicia en la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de arbitraje³, sin

¹ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Artículo 52” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.). *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid: Tecnos, 2004, p. 524.

² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil no. 2 de Barcelona, de 5 de febrero de 2007.

³ El artículo 27 de la Ley 6/2003 de Arbitraje (en adelante, “LA”) establece: “*Salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje*”.

perjuicio de que las partes hayan acordado otra cosa o que las reglas particulares que puedan contener las distintas instituciones arbitrales establezcan un momento distinto⁴. A la vista de lo anterior, se puede concluir que en aquellos casos en que el requerimiento de arbitraje haya sido notificado al demandado en una fecha anterior a la del auto de declaración del concurso, el convenio arbitral en cuestión desplegará sus efectos.

Desde un punto de vista personal, la naturaleza mixta del convenio arbitral, en particular en su vertiente privada, impide que la declaración de concurso afecte al resto de partes que estén vinculadas por un convenio de esta naturaleza. En cambio, el convenio arbitral perderá eficacia con respecto a la parte que ha sido declarada en concurso.

Por otra parte, cabe plantearse si la ineficacia de la cláusula arbitral debe aplicarse solo cuando el deudor actúe como demandado y no como demandante. En efecto, la *vis atractiva* del juez del concurso en virtud del artículo 8.1 LC se ha declarado en aquellos casos en los que el deudor actúa como demandado, puesto que dicha norma le concede la competencia exclusiva y excluyente para “*las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado*”, con lo que indirectamente indica que el deudor debe actuar como

demandado y no como demandante. Tal ha sido la conclusión a la que han llegado en la Audiencia Provincial de Vizcaya y otros tribunales⁵.

Esta interpretación lleva inmediatamente a plantear una cuestión obvia, ¿si no hay *vis atractiva* a favor del juez del concurso en los procedimientos judiciales cuando éste actúe como demandante, por qué razón debería jugar la *vis atractiva* con respecto a los convenios arbitrales cuando el deudor actúe también como demandante? La duda se plantea por la aparente contradicción entre el artículo 8.1 y el artículo 52.1 de la LC, ya que este último declara la ineficacia del convenio arbitral en que sea parte el deudor, sin considerar su futura intervención como actor o demandado. Es, en definitiva, la cualidad de parte en el convenio la que determina su ineficacia y no la posición procesal que pueda ostentar en caso de que surja la controversia. Sin embargo, el artículo 8.1 concede únicamente competencia al juez del concurso respecto de las acciones que se dirijan “contra” el deudor. Esta contradicción no debe resolverse obligando al deudor a acudir a la jurisdicción ordinaria competente cuando actúe como demandante sino que, pese a la dicción del artículo 52.1 se debería mantener la vía arbitral cuando el deudor actúe como actor. Solo si en el curso del procedimiento arbitral se formulará reconvencción contra el deudor

⁴ Por ejemplo, en el arbitraje sometido al Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, en virtud del artículo 4.2 del Reglamento, se considera que el procedimiento arbitral comienza cuando la Secretaría recibe la Demanda de Arbitraje, lo cual puede ser trascendental en aquellos casos en los que no se pueda localizar al demandado. Cf. DERAIS Y., y SCHWARZ E. *A Guide to the ICC Rules of Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2005, p. 43.

⁵ Sentencias AP Vizcaya, 13 noviembre 2008 (591/2008), AP Madrid, 28 septiembre 2007 (199/2007); AP Pontevedra, 8 febrero 2007 (86/2007); AP A Coruña, 5 junio 2008 (78/2008); en contra de esta interpretación, AP Álava, 3 marzo 2006 (18/2006).

el convenio devendría ineficaz, salvo que los árbitros declinaran su competencia respecto de dicha reconvención a favor del juez del concurso.

En cuanto al objeto de la controversia, una interpretación meramente literal y aislada del artículo 52.1 LC puede llevar a la conclusión de que este precepto deja ineficaz el convenio arbitral para cualquier tipo de controversia que surja entre las partes. Sin embargo, la interpretación adecuada al procedimiento concursal debe limitar el alcance de esta norma de modo que solo se vean afectadas por la ineficacia aquellos convenios arbitrales que tengan por objeto controversias que puedan tener una trascendencia patrimonial negativa en el deudor, y que además entren en el ámbito de competencia del Juez del Concurso por imperativo del artículo 8 LC. En definitiva, se trata de interpretar la normativa conjugando los principios concursales y arbitrales ya mencionados y, por tanto, se debe respetar el convenio arbitral tanto como sea posible—pues a ello obliga nuestra Ley de Arbitraje—junto con el objetivo de regular la concurrencia de los acreedores en el patrimonio del deudor, de modo que “cuando el convenio versa sobre cuestiones que no son competencia del juez del concurso, o cuando tuvieran un efecto reintegrador, entiéndase, positivo para la masa activa—piénsese en los convenios testamentarios o en los de marca del

artículo 28 L 17/2001 o diseño artículo 42 L 20/2003— no se verían afectados por el efecto paralizante del concurso”⁶.

La afectación o no del patrimonio del deudor se convierte, por ende, en el elemento decisor de la eficacia o no del convenio arbitral, por lo que no deberían ser considerados ineficaces los convenios arbitrales cuando la controversia no afecte al patrimonio del deudor, como por ejemplo una controversia con efectos meramente declarativos o una controversia sobre el deber de información por parte de la sociedad al socio. Por supuesto, tampoco podrán ser objeto de arbitraje aquellas materias puramente concursales como el nombramiento de un administrador o la clasificación de un crédito⁷.

El aspecto meramente cuantitativo puede tener también relevancia a la hora de aplicar la previsión del artículo 52.1 LC. Esta cuestión surge a raíz de una sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 4 de Madrid, que decidió no acumular determinados procedimientos civiles que en ese momento se estaban siguiendo frente al deudor por considerar que no tenían una trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores, conforme al artículo 51.1 LC.

“Tampoco se justifica la pretensión de acumulación de dos juicios declarativos civiles (uno ordinario y otro verbal - donde

⁶ SOLER PASCUAL, L. A. “Efectos de la declaración del concurso sobre el arbitraje en sus diversas facetas. Convenios arbitrales, procedimientos en curso y laudos”. En: *Práctica de Tribunales*, N° 45, 2008.

⁷ LEW/MISTELIS/KRÖLL. *Comparative International Commercial Arbitration*, La Haya / Londres / Nueva York: Kluwer Law International, 2003, p. 206; LAZIC V. “Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors”. En: Vol. 33 *EJCL* (1999); MOURRE A. “Arbitraje y Derecho concursal: Reflexiones sobre el papel del juez y del árbitro”. En: *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2008, p. 231.

se reclaman a la concursada 2.214,22 euros por servicios de limpieza), un cambiario (donde se le demanda por un pagaré de 14.424,34 euros) y un monitorio (donde se le exigen 6.802,58 euros por compra de mercancías) que ya estaban en trámite al tiempo de la declaración de concurso, porque ninguno de ellos cumple el requisito de resultar de trascendencia sustancial para la formación del inventario o de la lista de acreedores. Desde el punto de vista de la masa activa del concurso de 'F., S.L.' resultan desde luego irrelevantes, pues carecen de incidencia alguna en ella. Y desde el de la masa pasiva su significación es ínfima, pues debe tenerse en cuenta que sobre un pasivo que supera los dos millones y medio de euros (según la lista de acreedores aportada con la solicitud de concurso) las citadas reclamaciones suponen una influencia de muy escasa importancia (la más cuantiosa supondría solo el 0,5 % de la masa pasiva)

Se trata, desde luego, de una cuestión relevante para los acreedores implicados, pero que carece, tanto desde el punto de vista cualitativo como cuantitativo, de la esencial trascendencia en el pasivo que exige el artículo 51 de la Ley Concursal para justificar que el juez del concurso pudiera plantearse la procedencia de su acumulación. Lo procedente es que el Juez de Primera Instancia culmine la fase declarativa de dichos litigios, los resuelva y comuniqué posteriormente la decisión adoptada, una vez sea firme⁸.

Así pues, a tenor de esta sentencia, la *vis atractiva* del juez del concurso vendría determinada también por la cuantía del crédito. De ello podría concluirse que las deudas de reducido valor en relación con la masa pasiva escapan de la competencia exclusiva y excluyente del juez del concurso, con lo que en estos casos la cláusula arbitral podría mantener su eficacia. Probablemente se trate de una decisión aislada, cuya aplicación al convenio arbitral resultaría más bien dudosa, sobretodo por la inseguridad jurídica que esta solución plantea, ya que la cuestión de determinar cuándo una deuda es irrelevante no está exenta de dificultad.

Finalmente, cabe mencionar que la ineficacia del convenio arbitral queda a expensas de lo establecido en convenios internacionales. Lógicamente, tal salvedad debe entenderse aplicable en los casos de arbitraje internacional. Aunque de este modo se salvaguarda la primacía del derecho internacional privado, lo cierto es que los tratados internacionales suscritos por España en materia de arbitraje⁹ no prevén nada sobre esta materia, limitándose a señalar de una manera genérica cuál es la ley aplicable a la validez de un convenio arbitral. Habrá que estar, pues, a lo que los derechos nacionales establezcan para determinar la eficacia o no del convenio arbitral, por aplicación de la eventual norma de reenvío¹⁰.

⁸ Auto AP Madrid, sec. 13, 29 enero 2009 (10/2009).

⁹ Por ejemplo, el Convenio de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 o el Convenio de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961.

¹⁰ PERALES VISCASILLAS, P. "Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003". En: *Diario La Ley*, N° 6035, 2004.

3. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN CURSO

3.1. Efectos Generales

El segundo párrafo del artículo 52 LC establece 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 51”.

Esta solución del legislador puede sorprender si se tiene en cuenta que el párrafo primero del artículo 52 predica la ineficacia del convenio arbitral en favor de la *vis atractiva* judicial, con lo que uno podría esperar que los procedimientos en curso deberían quedar, al menos, en suspenso, y porque, en consecuencia, los procedimientos arbitrales pendientes reciben un trato distinto del que reciben de los procedimientos judiciales pendientes. La explicación a esta solución legislativa viene dada por la naturaleza mixta, en su vertiente contractual, del arbitraje.

A pesar de que este precepto declara la continuación de los procedimientos arbitrales en tramitación, el procedimiento arbitral experimentará algunas modificaciones en cuanto a la persona del deudor. En efecto, el artículo 52.2 LC se remite a los apartados 2 y 3 del artículo 51 de la misma, que se refieren a la sustitución del deudor en los procedimientos judiciales. De esta manera, en el caso en que se hubiera decretado la suspensión de las facultades de administración y

disposición del deudor, la administración concursal sustituirá al concursado en el arbitraje. Ahora bien, la actuación del administrador concursal no será totalmente independiente, ya que necesitará la autorización del juez del concurso para desistir, allanarse total o parcialmente, y transigir en el arbitraje (artículo 51.2 LC). Dicha autorización deberá recabarla el administrador concursal presentando una solicitud por escrito. El juez deberá trasladar dicha solicitud al deudor y a los acreedores personados en el concurso para ser oídos en un plazo no inferior a tres días ni superior a diez (artículo 188 LC). Por su parte, el concursado podrá mantener a sus propios abogado y procurador (quienes no podrán desistir, allanarse o transigir), siempre que garantice de forma suficiente ante el juez del concurso que los gastos y la efectividad de la condena en costas no recaerán sobre la masa del concurso (artículo 51.2 LC).

En cambio, si el deudor fuera solamente intervenido –esto es, cuando el deudor conserva las facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, pero necesita la autorización o conformidad de los administradores concursales– no se verá sustituido en el arbitraje por el administrador concursal, aunque si necesitará la autorización de la administración concursal para desistir, allanarse, total o parcialmente, y transigir los litigios que puedan afectar al patrimonio del concursado. Por otro lado, cuando el litigio arbitral no afecte dicho patrimonio, éste podrá allanarse y transigir sin necesidad de la autorización del administrador concursal, conclusión a la que conduce el artículo 51.3 LC.

Ahora bien, tanto si el deudor ha sido intervenido como suspendido en sus funciones, será necesario el acuerdo de la otra parte para que pueda desistir de la demanda, en virtud del artículo 38.2 a) LA, el cual permite a los árbitros ordenar la terminación de las actuaciones si el demandante desiste, a menos que el demandado se oponga, y los árbitros le reconozcan un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio.

Con estas particularidades el procedimiento arbitral continuará hasta la firmeza del laudo.

La única cuestión que podría suscitar algunas dudas interpretativas es qué debe entenderse por laudo “firme” a los efectos del artículo 52.2 LC. De todas maneras, esta discusión carece de interés a estos efectos porque el hecho de que el laudo sea firme o definitivo no tiene importancia a la hora de incluir en la lista de acreedores un crédito que haya sido reconocido por el mismo, ya que el artículo 86.2 LC establece la regla de que deben incluirse en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo, aunque no sea firme.

3.2. Efectos sobre el reparto de competencia

Finalmente, una de las características que ya se han comentado es la *vis atractiva*

de la jurisdicción del juez del concurso. Por ello, cabe preguntarse si la declaración del concurso afecta al reparto de competencias para la adopción de medidas en apoyo del arbitraje que prevé el artículo 8 LA.

Así, el artículo 8.1 LA señala cuál es el Juzgado de Primera Instancia que es competente para el nombramiento judicial de árbitros¹¹.

Por su parte, el artículo 86.ter 2.g de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, “LOPJ”) señala que “los juzgados de lo mercantil conocerán de los asuntos atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia en el artículo 8 de la Ley de Arbitraje cuando vengan referidos a materias contempladas en este apartado”. Aunque el apartado 2 del artículo 86.ter LOPJ no se refiere al concurso, sino que lo hace el primer apartado del mismo artículo, hay quien entiende que la norma citada, prevista dentro de las competencias “extraconcursales” que el artículo 86.ter LOPJ atribuye al juez de lo mercantil, debe ser aplicable a los procedimientos arbitrales pendientes contra el concursado en el momento de la declaración del concurso, y por ello consideran que el juez del concurso debe conocer del nombramiento de árbitros¹².

En cualquier caso, el tema es extraordinariamente dudoso, porque solo una interpretación absolutamente finalista

¹¹ Según este artículo es competente el juzgado de primera instancia del lugar del arbitraje, y en caso de no estar éste determinado, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados. Si ninguno de estos no tuviera domicilio o residencia habitual en España, lo será el Juzgado del domicilio o residencia habitual del actor, y si este último tampoco los tuviera en España, el Juzgado de Primera Instancia que el actor elija.

¹² MARÍN LÓPEZ M. J. *Op. cit.*; p. 524; PERALES VISCASILLAS P. “Arbitraje y Concurso”. En: *Estudios sobre la Ley Concursal, Libro homenaje a Manuel Olivencia*. Tomo III. Madrid y Barcelona: Marcial Pons, 2005, p. 3081.

del artículo 8.1 LC podría justificar una modificación del sistema de atribución de competencias del artículo 8.1 LA. No será de extrañar, por tanto, que no se obtenga un criterio uniforme en este sentido por parte de nuestros órganos jurisdiccionales.

Las mismas dudas se plantean con respecto al artículo 8.2 LA que atribuye la competencia para la asistencia judicial en la práctica de pruebas al Juzgado de Primera Instancia del lugar del arbitraje, o del lugar en que hubiera de prestarse la asistencia. En efecto, nótese que el criterio seguido por el apartado 2 de este precepto es esencialmente pragmático y facilitador del arbitraje, atribuyendo la competencia al Juzgado de Primera Instancia del lugar donde la prueba deba de practicarse o de la sede del arbitraje, por motivos de cercanía. Ciertamente, si se considera que, declarado el concurso, le corresponde la competencia para la práctica de pruebas al juez del concurso, este criterio pragmático y de cercanía se vería alterado de tenerse que practicar la prueba fuera del partido judicial del juez del concurso. Con lo que de nuevo, la aplicación del artículo y la interacción del artículo 8.1 LC y 8 LA es una cuestión dudosa. Por otro lado, además de que la atribución de competencia del artículo 8.2 LA es territorial y no funcional, a diferencia del artículo 86 ter 2.g LOPJ.

Con respecto a la competencia para adoptar medidas cautelares, el artículo 8.3 LA declara que para la adopción de medidas cautelares será competente el tribunal del lugar en que el laudo tenga que ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar en el que las medidas cautelares

deban producir su eficacia. Ahora bien, si el objeto de estas medidas afecta al patrimonio del concursado tendrán que ser adoptadas por el juez del concurso, de conformidad con el artículo 8.4 LC y 86 ter 1.4 LOPJ. Lo mismo cabe decir con respecto de la competencia de los árbitros para adoptar medidas cautelares, quienes, si bien pueden adoptar medidas cautelares en virtud del artículo 23 LA, no podrán hacerlo cuando afecten al patrimonio del deudor.

Para la ejecución del laudo, los artículos 8.4 LA y 545.2 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, “Lec.”) declaran que el juzgado de primera instancia del lugar en que se haya dictado el laudo es el competente para la ejecución forzosa del mismo. Ya se ha señalado la *vis atractiva* del juez del concurso, pero esta *vis atractiva* solo debe actuar cuanto afecte al patrimonio del deudor. Por ello, cuando el laudo afecte al patrimonio del deudor será competente para la ejecución forzosa del laudo el juez del concurso¹³. Con todo, el artículo 55.1 LC impide que pueda iniciarse la ejecución del laudo, limitándose el juez del concurso a incluir el crédito resultante del laudo en la lista de acreedores y darle el tratamiento concursal que le corresponda (artículos 53.1 y 86.2 LC).

Tratándose de laudos extranjeros, el artículo 8.6 LA se remite al órgano jurisdiccional al que el ordenamiento procesal civil atribuya la ejecución de laudos arbitrales extranjeros. El artículo 85.5 LOPJ establece que la competencia le corresponde a los tribunales de primera instancia. Por otro lado, la competencia

¹³ MARIN LÓPEZ M. J. *Op. cit.*; p. 523.

territorial del juzgado de primera instancia debe establecerse según lo previsto en el artículo 955 Lec.

Así pues, cabe mantener el principio, ya explicado, por el cual cuando el laudo pueda afectar al patrimonio del deudor será necesario que el reconocimiento y la ejecución se planteen ante el juez del concurso, quien después dará al laudo el tratamiento concursal que le corresponda. No teniendo trascendencia patrimonial para el deudor, nada empece para que el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero se soliciten al juez competente, según el artículo 955 Lec., esto es, el juzgado de primera instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o de la persona a quien se refieren los efectos del laudo, y, subsidiariamente, el del lugar donde el laudo deba surtir sus efectos.

A diferencia de lo anterior, el artículo 8.5 LA confiere la competencia para anular el laudo a la Audiencia Provincial del lugar en el que se hubiera dictado el laudo. En consecuencia, esta competencia no puede verse alterada ni siquiera por el artículo 86.ter 2.g LOPJ, ya que este último se refiere a la competencia atribuida a los Juzgados de Primera Instancia por el artículo 8 LA, no a la competencia atribuida a las Audiencias Provinciales.

4. EFECTOS DE LAUDO ARBITRAL

En aquellos casos en los que el procedimiento arbitral esté en curso cuando se declare el concurso, aquel

continuará hasta la firmeza del laudo, de conformidad con el artículo 52.1 LC. Dicho laudo firme, así como todos los laudos firmes que se hayan dictado antes de la declaración de concurso, tendrán, según el artículo 53.1 LC, el tratamiento concursal que le corresponda. Esto quiere decir, en primer lugar, que el derecho de crédito reconocido en laudo firme adquiere carácter indiscutible en el concurso, de modo que, aunque esté en tramitación el concurso, se produce el efecto de cosa juzgada material del laudo¹⁴. Esto implica que el crédito reconocido en el laudo deberá incluirse en la lista de acreedores (artículo 86.2 LC) y que, a la hora de elaborar esta lista, se deberá calificar la calidad del crédito, esto es, establecer si se trata de un crédito privilegiado, ordinario o subordinado. Igualmente, el laudo definitivo despliega sus efectos porque su resultado se incluye en la lista de acreedores, en virtud del artículo 86.2 LC.

5. LA IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS Y PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN CASO DE FRAUDE

Este apartado no pretende hacer una referencia al procedimiento de anulación del laudo previsto en los artículos 40 a 42 de la LA, sino ser una breve nota de la posibilidad conferida por el artículo 53.2 LC de impugnar convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude.

En primer lugar, es necesario apuntar que la referencia en este párrafo a los convenios arbitrales cuando el procedimiento arbitral no haya comenzado

¹⁴ BELLIDO R. "Artículo 52. Procedimientos arbitrales". En: ROJO A. y BELTRÁN E. *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Thomson Civitas, 2004, p. 1018.

es inútil, ya que los convenios arbitrales que afecten a cuestiones que tengan incidencia en el patrimonio del deudor serán ineficaces en virtud del artículo 51.1 LC. Así pues, parece que este artículo solo podrá aplicarse a la impugnación de laudos.

Por otro lado, este párrafo puede prestarse a confusión porque parece hacer referencia al procedimiento de revisión del laudo firme de conformidad con los artículos 509 a 516 Lec., por causa de fraude, en particular del motivo cuarto previsto en el artículo 510 Lec¹⁵. Sin embargo, es inútil que el artículo 53.2 LC haga referencia al recurso de revisión, cuando el administrador concursal, o el propio deudor, en caso de estar sometido a un régimen de intervención, pueden ejercitar no solo la acción de revisión, sino también la de anulación, en virtud del artículo 54 LC.

Es requisito fundamental para utilizar este cauce demostrar la existencia de un fraude, que normalmente se referirá a la existencia de un crédito, a su calificación o a la cuantía. La actuación fraudulenta conllevará pues, normalmente, que el concursado y el acreedor actúen en connivencia para obtener, a través del laudo, el reconocimiento de un crédito o modificar la cuantía o darle un

carácter de crédito privilegiado que no le corresponde¹⁶.

El límite temporal que tiene la administración concursal para proceder a la impugnación viene dado por el momento en que aquélla deba emitir su informe, en virtud del artículo 86.2 LC. Las cuestiones procesales relativas a esta impugnación no vienen resueltas por la LC, y por ello cabría aplicar los citados preceptos y las reglas generales de la Lec¹⁷.

De todas maneras, hay que apuntar que la interpretación de este artículo no es unánime, y que mientras algunos autores consideran que abre camino a un nuevo cauce de impugnación, otros consideran que la ley se refiere a los métodos habituales de impugnación del laudo, como la acción de anulación si el laudo no es firme o el recurso de revisión¹⁸ en caso de laudo firme.

6. ASPECTOS TRANACIONALES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

En nuestro mundo globalizado no es extraño encontrar supuestos en el comercio internacional en que una parte en un procedimiento arbitral que tiene lugar en el extranjero es declarada en concurso. En principio, si el arbitraje está en curso, la declaración de concurso por el juez español

¹⁵ Esta es la postura de algunos autores. ALONSO-CUEVILLAS J. "Artículo 52". En: SAGRERA TIZÓN et al. *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona: Bosch, 2004, p. 600; RODRÍGUEZ MERINO A. "Artículo 53". En: SÁNCHEZ-CALERO J. y GUILARTE GUTIÉRREZ V. (Coords.). *Comentarios a la Legislación Concursal*. Madrid: Lex Nova, 2004, p. 1021.

¹⁶ MARÍN LÓPEZ M. J. *Op. cit.*; p. 533.

¹⁷ ALONSO-CUEVILLAS J. "Artículo 52". En: *Nueva Ley Concursal*. Barcelona: Bosch, 2003, p. 299.

¹⁸ ASENSIO MELLADO J.M. "Artículo 53". En: GALLEGU SÁNCHEZ E (Coord.). *Ley Concursal, Comentarios, Jurisprudencia y Formularios*. Madrid: La Ley, 2005; SOLER PASCUAL, L. A. *Op. cit.*

no debería suponer mayores problemas puesto que el artículo 52.2 LC permite la continuación del procedimiento.

Lógicamente, para determinar si el arbitraje se ha iniciado, será necesario considerar la ley de arbitraje del país en el que el arbitraje tiene su sede, salvo que las partes hayan pactado alguna cosa sobre este particular, o que en caso de aplicarse algún reglamento de arbitraje éste, establezca alguna norma al respecto.

Más complicado es el caso en que la declaración de concurso tiene lugar antes del inicio del arbitraje. En este caso, el artículo 52.1 LC declara que la cláusula arbitral no es eficaz, a diferencia de otros países como Francia¹⁹ u Holanda²⁰; ahora bien, ¿esta ineficacia afecta también a los arbitrajes internacionales?

La cuestión es todavía controvertida. Algún autor ha señalado que el carácter internacional de la controversia impide la aplicación de los artículos 52 y 53 LC al arbitraje, incluso llegando a considerar que el convenio arbitral contenido en un contrato internacional entra dentro de la excepción contenida en el artículo 52.1 LC *in fine*, que salva lo dispuesto

en los tratados internacionales a la hora de establecer la ineficacia del convenio. Se añade, en esta línea, que el convenio arbitral es un tratado internacional que predica la preferencia de la resolución de la controversia por la vía del arbitraje y que confirma, además, desde una visión internacional, el respeto que merecen los compromisos internacionales y la necesidad de garantizar cierta seguridad jurídica²¹; llegando a apuntarse, incluso, que la obligación de ejecutar los acuerdos de las partes forma parte de los principios de orden público internacional relevantes para el correcto funcionamiento del comercio internacional²².

Los tribunales arbitrales, por su parte, van consolidando una cierta práctica al respecto. En este sentido, hay que tener en cuenta la particularidad del arbitraje internacional, por la que, a diferencia de los jueces, el tribunal arbitral carece de *lex fori*, de modo que los árbitros no están vinculados por las normas de un país de la misma manera que los jueces. Y por ello, es habitual que los tribunales arbitrales internacionales continúen con el procedimiento arbitral y emitan un laudo²³. Ahora bien, igualmente los tribunales arbitrales toman en consideración su deber de emitir un laudo ejecutable²⁴ y por ello

¹⁹ En Francia, el acuerdo de arbitraje es oponible, siempre que se mantenga en vigencia el contrato en el que se encuentra el convenio.

²⁰ LAZIC V. "Arbitration and Insolvency Proceedings: Claims of Ordinary Bankruptcy Creditors". En: Vol. 33 *EJCL* (1999).

²¹ PERALES VISCASILLAS, P. "Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003". En: *Diario La Ley*, N° 6035, 2004.

²² ROSEL J. y PRAGER H. "International Arbitration and Bankruptcy, United States, France and the ICC". En: 18 (4) *J. Int'l Arb.* 417 (2001), 425.

²³ Caso CCI N° 6697. En: MANTILLA-SERRANO F. *International Arbitration and Insolvency Proceedings*, 11 *Arb. Int'l* 51 (1995) 70 et seq.; caso CCI no. 7205, en *Collection of ICC Arbitral Awards* 1991 a 1995, 1997, 622.

²⁴ PLATTE M. "An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards". En: Vol. 9 N. 3 2003 *J. Int'l Arb.* 307.

esta práctica no es seguida en todos los casos ante el temor de que el laudo no pueda ejecutarse posteriormente.

Así, cuando la sede del arbitraje está fuera del país del concurso, los tribunales arbitrales normalmente no han tenido en consideración los límites impuestos por la ley del concurso, ya que aunque en ese lugar es posible que no pueda ejecutarse el laudo, sí podrá ejecutarse en otros países.

Si, en cambio, la sede del arbitraje está en el mismo lugar que el procedimiento concursal, los tribunales arbitrales tienden a respetar los límites impuestos por la legislación de insolvencias, ya que el laudo dictado en contra de estas normas podría ser anulado por violar el orden público. Por tanto, la ejecución de dicho laudo podría ser problemática en otros países por haber sido anulado en su país de origen, de conformidad con el artículo V.1 (e) del Convenio de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958²⁵, con lo que el laudo carecería casi de valor para las partes²⁶.

Por otro lado, es necesario señalar el riesgo de que se inicien procedimientos paralelos en el lugar del concurso, puesto que el juez sí estará vinculado por las normas de su país y procederá como si la cláusula de arbitraje fuera ineficaz. Así, si el acreedor inicia el arbitraje y el deudor concursado se opone a la jurisdicción del tribunal e inicia un procedimiento judicial en su país, es muy probable que el tribunal arbitral confirme su

jurisdicción y que a su vez el juez confirme la suya en virtud de la norma de orden público que le hace competente, aunque el deudor se oponga alegando la existencia de una cláusula arbitral.

Extrapolando estos criterios al Derecho español, hay que concluir que cuando la sede del arbitraje no esté en España, el tribunal arbitral no tendrá en cuenta el artículo 52.1 LC y dará curso al procedimiento arbitral.

En el caso en que la sede del arbitraje se encuentre en España y la legislación concursal aplicable a la parte extranjera establezca límites como los previstos en el artículo 52 LC, el tribunal arbitral también debería dar curso al arbitraje, ya que con ello no violaría la legislación concursal española.

Finalmente, en el caso en que la sede del arbitraje esté en España y la empresa en concurso sea española, el tribunal arbitral no debería dar curso al procedimiento arbitral (o el juez debería rechazar la declinatoria por existencia de una cláusula arbitral), ya que de lo contrario el laudo final se habría emitido violando el orden público español y por tanto podría ser anulado en virtud del artículo 41.1 (f) LA. Ahora bien, esta solución podría matizarse si se tiene en cuenta el artículo 9.6 LA, que establece que en caso de arbitraje internacional la validez de la cláusula arbitral deberá examinarse, no solo a la luz de la ley española, sino también a la luz de las normas jurídicas elegidas por las

²⁵ Ver artículo V.1 del Convenio de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958: Solo unos pocos países como Francia ejecutan laudos que han sido anulados en su país de origen.

²⁶ KRÖLL S. M. "Arbitration and Insolvency Proceedings". En: MISTELIS L., LEW J (eds.), *Pervasive Problems in International Arbitration*, Kluwer Law International, 2006, p. 374.

partes para regir el convenio arbitral y las aplicables al fondo de la controversia, con lo que si alguna de estas leyes no establece la ineficacia del convenio arbitral., podría sostenerse que, pese a la dicción del artículo 52 LC, el convenio arbitral seguirá siendo válido.

La jurisprudencia comparada, por su lado, ha tenido ocasión de pronunciarse en supuestos de concurrencia de arbitraje y concurso. Así, el 31 de marzo de 2009, el Tribunal Federal Suizo²⁷ ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre un asunto en el que una sociedad polaca informó al tribunal arbitral con sede en Suiza de que había sido declarada en concurso y de que, de conformidad con la ley polaca, todas las cláusulas arbitrales resultaban ineficaces, con lo que todos los procedimientos arbitrales debían concluirse. El tribunal arbitral excluyó a la sociedad argumentando que la ley polaca debía aplicarse a todos los procedimientos arbitrales en los que una parte polaca está inmersa, tanto polacos como extranjeros. Lo curioso del razonamiento es que el tribunal consideró su falta de jurisdicción no porque una norma polaca tuviera la capacidad de suspender un arbitraje en Suiza, sino porque dicha norma establece los efectos del concurso en la sociedad polaca, y puesto que es el Derecho polaco el que determina la capacidad de ser parte en un procedimiento arbitral en Suiza, aquél es el que tenía que tenerse en cuenta, con la consecuencia de que la sociedad había perdido *ex lege* su capacidad de ser parte en el procedimiento arbitral. El Tribunal Federal Suizo, conociendo en anulación, confirmó la decisión del Tribunal Arbitral,

por considerar que la capacidad para ser parte no se determinaba por la *lex arbitri*, sino por las reglas ordinarias de conflicto de leyes que llevaban al Estado del domicilio de la sociedad.

De otra parte, en la Unión Europea hay que tener en cuenta el Reglamento de Insolvencias No. 1346/2000. En un caso reciente²⁸ que confrontaba a Elektrim S.A., una empresa polaca y a su administrador concursal, por un lado, y a Vivendi Universal S.A y otros, por otro lado, los tribunales ingleses tuvieron que decidir si el concurso de Elektrim durante el procedimiento arbitral dejaba sin jurisdicción al tribunal arbitral, con sede en Londres, porque según la ley polaca, una cláusula arbitral pierde sus efectos legales tan pronto como se declara el concurso y cualquier arbitraje pendiente debe ser suspendido. Esta alegación de la concursada suponía el fin del arbitraje, por cuanto la pérdida de eficacia sobrevenida del convenio arbitral implicaba que el procedimiento ya no podía sustentarse en convenio alguno. En su decisión, Mr. Justice Christopher Clarke tuvo que examinar cuál era la ley aplicable a la eficacia de la cláusula arbitral, teniendo en cuenta que existía un conflicto entre la ley polaca y el Reglamento. Concluyó que los arbitrajes pendientes se regían por los artículos 4.2 f) y 15 del Reglamento, y, por consiguiente, al resolver sobre la eficacia del convenio arbitral, el juez decidió que la excepción del artículo 4.2 f) se tenía que aplicar de modo que fuera efectiva y, por ello, debía aplicarse de manera que permitiera la continuación

²⁷ TF 4A_428/2008, de 31 de marzo de 2009.

²⁸ Syska v Vivendi Universal S.A. & Ors [2008] EWHC 2155 (Comm) (2 October 2008).

del procedimiento arbitral más que interpretarse de manera que tuviera como consecuencia el final prematuro del procedimiento, si así lo preveía la ley del lugar del arbitraje. Así pues, como el arbitraje ya había comenzado antes de que se declarara el concurso, los artículos 4.2 f) y 15 resultaban aplicables, de modo que la ley que debía definir los efectos del concurso en el procedimiento arbitral, incluido el convenio arbitral, era la ley del lugar del arbitraje, esto es, la ley inglesa, y no la ley polaca; denegándose de este modo la anulación del laudo, solicitada por la parte polaca.

Un caso similar no podría tener lugar en España, puesto que la legislación española permite la continuación de los procedimientos arbitrales cuando el concurso se declara con posterioridad. Por ello, el único supuesto de hecho con consecuencias jurídicas importante que podría darse en España sería que se iniciara un arbitraje cuando una parte ya ha sido declarada en concurso. Ante un supuesto así, que difiere del descrito por cuanto el concurso había sido declarado después, puede uno adivinar que el juez Clarke habría estimado la falta de jurisdicción del tribunal arbitral, ya

que su solución se basaba en que la ley aplicable para determinar la validez del convenio arbitral era la ley inglesa porque el procedimiento ya estaba pendiente al declararse el concurso. Si los tiempos se hubieran invertido y al declararse el concurso el procedimiento arbitral no hubiera estado pendiente, el juez habría aplicado posiblemente el artículo 4.2. e) del Reglamento, que llevaba a la aplicación de la ley polaca²⁹.

7. CONCLUSIONES

Parece evidente que la Ley Concursal no resuelve ni una mínima parte de los conflictos que pueden plantearse con relación al arbitraje, de suerte que, en tanto los juzgados no hayan adoptado una posición unánime respecto de estos problemas coordinando los principios fundamentales del arbitraje con los principios fundamentales de la ley concursal, en particular el principio de *par conditio creditorum*, viviremos en una clara inseguridad jurídica; inseguridad jurídica que puede predicarse tanto de los procedimientos internos como de los internacionales.

²⁹ Esto puede inferirse de la propia sentencia, en el párrafo 104: "Article 4.2 (e) will, however apply to the arbitration agreement insofar as it relates to any future i.e. non pending proceedings". (Sin embargo, el artículo 4.2 e) será aplicable al convenio arbitral cuando guarde relación con cualquier futuro procedimiento –traducción propia–).

EL ACUERDO ARBITRAL EN ARBITRAJES MULTIPARTE

DAVID ARIAS LOZANO (*)

FERNANDO BEDOYA (**)

SUMARIO: 1. *Introducción: Relevancia de los arbitrajes multiparte.* 2. *Cuestiones generales.* 3. *El nombramiento de los árbitros y la constitución del tribunal arbitral.* 4. *Intervención de terceros en el procedimiento.* 5. *Acumulación de procedimientos.* 6. *Aspectos prácticos.* 7. *Consideraciones finales.*

1. INTRODUCCIÓN: RELEVANCIA DE LOS ARBITRAJES MULTIPARTE

La creciente internacionalización y complejidad de las transacciones comerciales ha dado lugar a que éstas requieran frecuentemente la participación de varios sujetos para poder llevarse a cabo.

Esta creciente complejidad ha tenido su reflejo en el arbitraje comercial internacional, donde los acuerdos arbitrales y las controversias se establecen, cada vez con más frecuencia, entre una pluralidad de partes, distanciándose así

del patrón tradicional compuesto por dos sujetos con intereses contrapuestos.

En 2008, las estadísticas realizadas por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (la “CCI”) registraron que el 30% de las solicitudes de arbitraje presentadas comprendían a más de dos partes, de la cuales la gran mayoría involucraban a entre tres y cinco sujetos¹.

La comunidad arbitral no está siendo ajena a esta progresiva importancia de los arbitrajes multiparte, siendo una materia de plena actualidad y vigencia, como muestran los numerosos seminarios²,

(*) Socio de Perez-Llorca, Madrid, España. Profesor Titular de Derecho Procesal y Arbitraje de la Universidad Francisco de Vitoria. Secretario General del Club Español del Arbitraje.

(**) Abogado de Perez-Llorca, Madrid, España.

¹ INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION. “2008 Statistical Report”. En: *International Court of Arbitration Bulletin*. Vol. 20. Nº 1. Paris: International Chamber of Commerce, 2009, p. 9.

² Así por ejemplo, fue una cuestión prolijamente tratada en el “13th IBA International Arbitration Day” celebrado en Londres en marzo de 2010, y en el “XXIV International Arbitration Conference, I.c.c.a. Congress Series, 2008 Dublin”.

coloquios y artículos dedicados a la misma en los últimos años. A este respecto, debe hacerse especial mención al borrador³ de directrices de redacción de cláusulas de arbitraje internacional que está elaborando la *International Bar Association* (la “IBA”), en las que se recogen recomendaciones específicas para arbitrajes multiparte y modelos de redacción que resultan de gran utilidad, y a los que haremos sucesivas referencias a lo largo del presente artículo (el “Borrador de Directrices de la IBA”).

Como veremos, los arbitrajes multiparte suscitan toda una serie de cuestiones complejas cuya solución queda, como casi siempre en materia arbitral, en manos de las partes, ya sea según lo dispuesto en el acuerdo arbitral o, en su defecto, en las disposiciones de los reglamentos de las instituciones arbitrales a las que eventualmente se hayan sometido y, menos frecuentemente, en acuerdos posteriores al inicio de la disputa.

En el presente artículo se destacará la importancia del acuerdo arbitral cuando concurren una pluralidad de partes o se prevea que las potenciales disputas que puedan surgir afectarán a más de dos sujetos, analizando las principales cuestiones o dificultades que se plantean habitualmente en este tipo de procedimientos arbitrales, y el modo en que pueden tratarse de antemano en el acuerdo arbitral, adoptando un enfoque eminentemente práctico.

2. CUESTIONES GENERALES

Existe un amplio consenso en la comunidad arbitral acerca de las indudables ventajas derivadas de los arbitrajes multiparte⁴, en la medida en que permiten dirimir, en un mismo procedimiento, los intereses de todos los sujetos afectados. De esta forma, se evita la posibilidad de que se dicten diversos pronunciamientos sobre un mismo asunto, que podrían llegar a ser incluso contradictorios entre sí.

Además, los arbitrajes multiparte contribuyen a su vez a economizar tiempo y costes, principalmente como consecuencia de la reducción de la litigiosidad. De este modo, en condiciones normales, será preferible tener un solo arbitraje “complejo” con varias partes, que varios arbitrajes “sencillos” y que además pudieran dar lugar a resultados discordantes.

Este tipo de litigios se da, principalmente, en dos supuestos bien diferenciados. El primero, y más habitual, será aquél en el que un mismo contrato es suscrito por más de dos partes, especialmente cuando las mismas no están plenamente alineadas entre sí. Un ejemplo típico serían los acuerdos de *joint venture* o los consorcios en el marco de operaciones económicas de envergadura. El segundo supuesto lo constituyen los grupos de contratos, en el

³ El borrador final para consulta sobre directrices para la redacción de cláusulas de arbitraje internacional, de 9 de marzo de 2009, ha sido redactado por un grupo de trabajo nombrado por el Comité de Arbitraje de la IBA. El borrador, que aún no ha sido presentado para su aprobación, está disponible en http://www.ibanet.org/LPD/Dispute_Resolution_Section/Arbitration/Projects.aspx#guidelines.

⁴ A este respecto, *Vid.* VOSER, Nathalie. *Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties*. Netherlands: Kluwer Law International, 2009, pp. 349 y ss.

que no existe un único contrato aplicable a todas las partes intervinientes en una operación concreta, sino varios contratos íntimamente ligados entre sí. Tal caso es frecuente en los grandes proyectos de construcción y en obras de ingeniería.

Una tercera fuente de arbitrajes multiparte serían los casos de extensión de la cláusula arbitral a partes no inicialmente firmantes de la misma. Siendo esta una materia que excede el objeto de este artículo, por cuanto no responde tanto a lo estipulado en la cláusula arbitral correspondiente como a las circunstancias del caso, es obligada la referencia a la excelente monografía de HANOTIAU sobre arbitrajes complejos⁵ a la que nos remitimos. Baste ahora con señalar que existen distintos supuestos en los que las cortes y tribunales arbitrales han decretado la extensión del acuerdo arbitral a partes no inicialmente firmantes con base en distintas teorías⁶ de las que se sirven para delimitar, con mayor o menor formalismo, quién ha brindado su consentimiento al mismo, ya sea expresa o implícitamente.

En los arbitrajes con pluralidad de partes ocurre con frecuencia que las mismas, a la hora de redactar el acuerdo

arbitral, no contemplan disposiciones específicas relativas a las especificidades derivadas de la pluralidad de partes en el procedimiento, perdiendo así la oportunidad de regular estos aspectos y la posibilidad de evitar posibles escollos una vez surja la disputa.

De este modo, deberá prestarse especial atención a la redacción de acuerdos arbitrales en procedimientos multiparte, de tal manera que se deje constancia clara y precisa de quiénes son las partes que acuerdan someter a arbitraje las potenciales controversias⁷, de cuáles son esas controversias (ámbito de las disputas sometidas a arbitraje), de su voluntad y de la vinculatoriedad de los pronunciamientos que a su amparo puedan producirse.

Como veremos a lo largo de este artículo, será especialmente relevante que las partes determinen el número de árbitros (y el método de su designación), así como la posibilidad de acumulación de procedimientos y la intervención de terceros en el mismo. Todo ello respetando y tomando en consideración la legislación procesal aplicable, que vendrá determinada por el lugar del arbitraje, y que por tanto

⁵ HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations. Multipart, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*. The Hague (The Netherlands): Kluwer Law International, 2005, pp. 10 y ss.

⁶ Así, puede suceder que los firmantes de un acuerdo arbitral no sean los verdaderos sujetos vinculados por el acuerdo, con base en la existencia de una relación de representación o de agencia. De igual manera, terceros no firmantes pueden resultar parte del acuerdo arbitral en aplicación de la teoría del mandato aparente o de autoridad ostensible, o porque sean (i) terceros beneficiarios, (ii) cesionarios en virtud del contrato que contiene el acuerdo; o (iii) miembros, junto con los signatarios, de una comunidad de derechos o una sociedad colectiva. Otras teorías también han sido utilizadas para extender la aplicación de la cláusula arbitral, como por ejemplo la teoría del *estoppel*, en los Estados Unidos o en Inglaterra, o la teoría de incorporación por referencia a una cláusula arbitral hecha en un subcontrato.

⁷ En cuanto a la posible extensión del acuerdo arbitral, *Vid.* BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn (Netherlands): Kluwer Law International, 2009, pp. 1137 y ss.

será otra cuestión esencial a contemplar en el acuerdo arbitral. Por último, las partes deberán decidir si el arbitraje será *ad hoc* o institucional, especificando el reglamento aplicable, lo cual tendrá especial relevancia cuando las partes no hayan regulado las cuestiones anteriores, ya que en este caso las partes estarán en manos de lo que determine el reglamento correspondiente.

Asimismo, en los supuestos de grupos de contratos, deberá prestarse especial atención a que las distintas cláusulas arbitrales recogidas en los distintos contratos sean compatibles entre sí. Siendo recomendable, incluso, que la cláusula arbitral conste en documento separado al que hagan referencia los distintos contratos. Así lo recomienda el Borrador de Directrices de la IBA sobre redacción de cláusulas de arbitraje internacional mencionado anteriormente. Además será conveniente que las partes especifiquen que el tribunal arbitral nombrado bajo un contrato será competente para resolver cuestiones derivadas de los demás contratos relacionados.

Por otra parte, en algunas ocasiones la situación será justamente la contraria. Las partes pueden no estar interesadas en arbitrajes multiparte. En estos casos, además de ponerlo de manifiesto expresamente en la cláusula, deberá prestarse especial atención al lugar del arbitraje y, en su caso, al reglamento de la institución elegida, pues aunque constituyan la excepción, como veremos, determinados ordenamientos jurídicos permitirán la existencia de arbitrajes multiparte, aún contra la voluntad de alguna de las partes.

Sin más dilación procedemos a examinar con detalle, las principales cuestiones que surgen en arbitrajes con pluralidad de partes, a saber:

- (i) el nombramiento de los árbitros;
- (ii) la intervención de terceros en el procedimiento; y
- (iii) la acumulación de procedimientos.

3. EL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS Y LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Las cláusulas arbitrales generalmente prevén el número de árbitros a los que se someterán las disputas, pero no siempre regulan con detalle el método de designación de los mismos. La determinación de la forma de elección de los árbitros cuando concurre una pluralidad de partes es especialmente delicada, por lo que es recomendable fijarla de antemano en el acuerdo arbitral. A este respecto, la clave será asegurar el cumplimiento del principio de igualdad de partes que, como veremos, es la principal fuente de conflictos en esta materia.

En la práctica habitual, los tribunales arbitrales se componen de tres árbitros, y el nombramiento de los árbitros, cuando concurre una pluralidad de partes, suele ser conjunto, según los intereses de los sujetos, es decir, diversos demandantes designarán colectivamente un árbitro o diversos demandados nombrarán a un árbitro.

La cuestión deviene más compleja cuando los intereses de las partes involucradas no puedan asimilarse a

una situación bipolar. Así, se habla de procedimientos arbitrales multiparte en sentido estricto, en los que existen más de dos partes con intereses contrapuestos entre sí, diferenciándose del modelo tradicional de controversia biparcial. El esquema tipo de esta clase de disputas es el de un demandante que reclama contra dos demandadas, quienes a su vez tienen intereses divergentes, problemática planteada en el famoso caso *Dutco*⁸.

La relevancia del caso *Dutco* reside en el pronunciamiento de la Corte de Casación francesa que declaró la nulidad del laudo dictado en su día en un procedimiento administrado por la CCI, debido a que el nombramiento conjunto de las dos demandadas, con intereses divergentes, de uno de los árbitros había supuesto una vulneración del principio de igualdad de partes, condicionando así la válida constitución del tribunal arbitral. La Corte de Casación entendió que al negar a las demandadas el derecho de nombrar individualmente un árbitro, y al haberse permitido que el demandante sí lo hiciera, se había vulnerado el principio de igualdad, considerado una cuestión de orden público en el ordenamiento francés, que llevó a la nulidad del laudo.

Con base en el caso *Dutco*, la selección conjunta del árbitro en Francia puede ser considerada como una violación del principio de igualdad de partes, en arbitrajes multiparte *strictu sensu* si la contraparte ha tenido la posibilidad de

nombrar a un árbitro por sí sola. Sin embargo, otros ordenamientos no lo contemplan así. El ordenamiento suizo es uno de ellos. Por ejemplo, en el caso *Westland*⁹, diez años anterior al caso *Dutco*, el Tribunal Federal suizo confirmó que el método de nombramiento de árbitros de la CCI (entonces vigente) no era contrario al orden público suizo, y que no se vulneraba el principio de igualdad de trato de las partes.

Nótese que la cuestión del nombramiento tiene relevancia no solo a efectos de nulidad del laudo, sino también a efectos de ejecución. Piénsese por ejemplo que un eventual laudo se dicta siguiendo el procedimiento del caso *Dutco* en Suiza, pero hubiere de ejecutarse en Francia. El condenado podría entorpecer la ejecución del laudo alegando que sería contrario al orden público francés.

En definitiva, el principio de igualdad de partes implica que todas las partes han de ser tratadas por igual en el proceso de designación de árbitros. A este respecto, las instituciones arbitrales han procurado establecer disposiciones en sus respectivos reglamentos para procurar la observancia de dicho principio.

Por lo general, la igualdad de partes se traduce en el nombramiento de todos los árbitros por la institución correspondiente en caso de desacuerdo de las partes, como sucede en el reglamento de la CCI (modificado precisamente a raíz del caso *Dutco*)¹⁰. Es decir, si no concurre el

⁸ Cour de Cassation, sala de lo civil, 7 de enero de 1992. Sociétés BKMI Industrienlagen et Siemens AG v. société Dutco Construction Co.

⁹ Tribunal Fédéral, 26 de noviembre de 1982. Egypte v. Westland *et al.*

¹⁰ Una breve reseña sobre la modificación introducida en el reglamento de la ICC con base en el caso *Dutco* puede encontrarse en: DERAÏNS, Yves y ERIC SCHWARTZ. *Guide to the ICC rules of arbitration*. Netherlands: Kluwer Law International, 2005, pp. 177 y ss.

acuerdo de las partes para nombrar a todos los árbitros, éstos serán nombrados por la autoridad correspondiente. De este modo, el artículo 10 del reglamento de la CCI estipula que, a falta de un acuerdo entre las partes, será la propia institución la que podrá designar a cada uno de los miembros del tribunal arbitral. De un modo similar, la Corte Internacional de Arbitraje de Londres ("LCIA") prevé en el artículo 8 de su reglamento una medida en la misma línea, al igual que la Cámara de Comercio de Estocolmo ("SCC"), o la Asociación Americana de Arbitraje ("AAA").

A este respecto, se ha de señalar una sutil diferencia, entre los reglamentos que contienen disposiciones a este respecto, en relación con la flexibilidad con la que cuentan las instituciones cuando diversas partes de un mismo lado no se ponen de acuerdo para designar su árbitro. Así, mientras que unos reglamentos, como el de la CCI o las Swiss Rules, establecen que la institución "podrá" nombrar a todos los miembros (cabiendo la posibilidad de que nombre a sólo uno o dos de ellos), otros reglamentos, como la LCIA o la SCC prevén la obligación de la corte de nombrar a todos ellos¹¹.

Probablemente, las normas de arbitraje de la Organización Internacional de Propiedad Intelectual ("WIPO") sean las más detalladas al respecto, recogiendo una casuística más amplia, disponiendo en su artículo 18 varios supuestos según concurra una pluralidad de demandados o de demandantes. En cuanto a los arbitrajes *ad hoc*, ni la Ley Modelo UNCITRAL, ni el Reglamento UNCITRAL, de frecuente aplicación en este tipo de supuestos, contemplan normas específicas para casos con pluralidad de partes¹². Por tanto, en caso de que haya pluralidad de demandados, y estos no se pongan de acuerdo para nombrar a un árbitro que haya de formar parte de un tribunal arbitral de tres miembros, el nombramiento de aquél quedará en manos del órgano jurisdiccional, o autoridad competente, de la sede correspondiente.

Otra forma de respetar el principio de igualdad de partes es ampliar el número de árbitros inicialmente previsto, de tal manera que cada una de las partes pueda nombrar a uno¹³. Si bien es cierto que es una alternativa válida¹⁴, debe contar con el

¹¹ Sobre esta cuestión *Vid.* VOSER, Nathalie. *Multi-party Disputes and Joinder of Third Parties*. Netherlands: Kluwer Law International, 2009, pp. 363 y ss.

¹² Se ha de señalar que el borrador preparado por el grupo de trabajo UNCITRAL sobre la revisión del Reglamento UNCITRAL sí prevé normas aplicables a arbitrajes multiparte, estableciendo la facultad de la autoridad correspondiente para nombrar a todos los miembros del tribunal arbitral, de no mediar el acuerdo de las partes.

¹³ La Corte Suprema de Nueva York, en el caso *Re Showa Shipping Co Inc.*, instó la modificación del tribunal arbitral constituido por tres miembros, de tal manera que los árbitros ya elegidos nombraran a otros dos árbitros neutrales. De una manera similar, la Corte de Apelación, en el caso *Petroleos v. Nereus*, en colaboración con las tres partes involucradas, instó a que cada una seleccionara un árbitro, y una vez nombrados, éstos seleccionaran a dos árbitros más. En algún otro caso, se ha dado la opción a las partes de constituir un tribunal de cuatro miembros, cuyo cuarto árbitro sería seleccionado por los tres inicialmente nombrados por las partes. *Vid.* TONG CHUN FAI, Edwin y DEWAN, Nakul. "Drafting Arbitration Agreements with Consolidation in Mind?". En: *Asian International Arbitration Journal*. Kluwer Law International, Vol. 5, 2009, p. 92.

¹⁴ Siempre y cuando el número total de árbitros sea impar, de lo contrario además de posibles ineficiencias en la toma de decisiones, podrían contravenirse normas nacionales en materia

acuerdo de todas las partes involucradas, una vez ha surgido la controversia si no se ha previsto de antemano en el acuerdo arbitral. Como clara desventaja, huelga decir, que los costes podrían verse incrementados significativamente¹⁵.

En definitiva, la tendencia general ha determinado que en los arbitrajes multiparte, en caso de existir divergencias en el nombramiento del tribunal arbitral, se aplique el principio de igualdad de partes en sentido negativo, esto es, privando a todas las partes de la posibilidad de elegir a los miembros del tribunal. Dada esta situación, una solución sencilla es prever directamente en la cláusula que las disputas se resuelvan por un árbitro único o por un tribunal arbitral en el que todos sus miembros sean designados por una autoridad nominadora previamente convenida. A este respecto, se ha de mencionar que el hecho de que una disputa sea resuelta por un tribunal en lugar de un árbitro único es generalmente beneficioso para las partes, dado que el ejercicio dialéctico que implica adoptar decisiones de forma colegiada generalmente redundan en una mayor calidad del laudo. No obstante, la elección de un árbitro único o de un colegio arbitral dependerá principalmente de la cuantía del caso.

En virtud de todo lo anterior, se ha de concluir que resulta especialmente recomendable incluir disposiciones espe-

cíficas sobre el método de nombramiento de los árbitros en los convenios arbitrales que pudieran dar lugar a arbitrajes multiparte. Siendo aconsejable recabar asesoramiento especializado dada la diversidad y complejidad de los casos que pueden surgir. Limitarse a una remisión ciega al reglamento de una institución arbitral concreta no resulta siempre la mejor opción, pudiendo incluso comprometerse la existencia y eficacia de un laudo arbitral.

4. INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCEDIMIENTO

En la práctica del arbitraje con pluralidad de partes, una de las cuestiones que se plantea con mayor frecuencia es la intervención de terceros en un procedimiento arbitral ya iniciado. Así, la intervención adhesiva (*intervention*) se dará en aquellos casos en los que un tercero solicite intervenir en un arbitraje en curso, mientras que la intervención provocada de un tercero (*joinder*) podrá tener lugar cuando una parte así lo solicite.

El tratamiento de estas cuestiones presenta notables diferencias respecto de la jurisdicción convencional. Con carácter general, los tribunales de la jurisdicción ordinaria tienen la facultad de acordar la intervención de un tercero al procedimiento por intereses procesales

de arbitraje. E.g. el artículo 12 de la Ley de Arbitraje española exige que el número de árbitros sea impar. Sobre esta cuestión Vid. REDFERN, Alan y HUNTER, Martin. *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres (Reino Unido): Sweet and Maxwell, 2004, pp 185 y ss.

¹⁵ Vid. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn (The Netherlands): Kluwer Law International, 2009, p. 2071.

en los supuestos en los que la ley así lo prevea, sin necesidad del consentimiento del mismo. Sin embargo, en arbitraje, la competencia del tribunal arbitral tiene sus raíces en el acuerdo de las partes, de tal manera que la intervención de terceros sin un acuerdo previo por parte de los mismos, resulta conflictiva con la naturaleza del proceso arbitral.

Desde la postura tradicional (y habitual) no resulta suficiente el acuerdo de las partes en el procedimiento para provocar la intervención de un tercero en un arbitraje ya iniciado, al ser necesario el consentimiento de éste último. Del mismo modo, un tercero no podría adherirse a un procedimiento ya iniciado sin el consentimiento de los sujetos ya involucrados en la controversia. En este sentido, el acuerdo puede venir plasmado en la correspondiente cláusula arbitral, no obstante, las partes no suelen contemplarlo.

Si las partes de un contrato multiparte inicialmente prevén la conveniencia de que cualquiera de ellas pueda intervenir en un arbitraje relacionado con dicho contrato, aunque no esté inicialmente involucrada, es recomendable que así lo estipulen en la cláusula arbitral correspondiente.

En estos casos, y como regla general, será recomendable que la propia cláusula arbitral establezca que el inicio de un procedimiento arbitral ha de notificarse a todas las partes del Contrato, independientemente de si son

o no inicialmente parte/s demandada/s. Asimismo, será conveniente fijar un plazo en el que las partes puedan solicitar la intervención, siendo especialmente relevante que durante dicho plazo no se nombre a ningún árbitro. El Borrador de Directrices de la IBA sobre cláusulas arbitrales recogen un buen modelo sobre cómo estructurar este procedimiento en el acuerdo arbitral.

Por otra parte, en los casos en los que no exista acuerdo de las partes que regule la cuestión de la intervención de terceros, las partes estarán en manos de la legislación y/o reglamento institucional que sean de aplicación. A este respecto, las legislaciones nacionales y los reglamentos institucionales generalmente permiten la participación de terceros en el procedimiento, con mayores o menores restricciones. En algunos casos, si bien excepcionales, llegan incluso a contemplar la posibilidad de intervención adhesiva sin contar con el consentimiento de las partes ya involucradas.

Así, la CCI ha tendido a limitar la intervención de terceros, como ya plasmaba el Informe Final de la Comisión de la CCI sobre arbitraje con pluralidad de partes (el "Informe Delvolvé")¹⁶, al afirmar que la naturaleza contractual y confidencial del arbitraje no permitía, por lo general, la intervención de terceros, a menos de que estuviera expresamente acordado por unanimidad de las partes. No obstante lo anterior, de acuerdo con los recientes precedentes de la CCI, y

¹⁶ CCI COMMISSION ON INTERNATIONAL ARBITRATION. "Final Report on Multi-party Arbitrations". En: *International Court of Arbitration Bulletin*. Vol. 6. N° 1. Paris: International Chamber of Commerce, 1995, p. 27.

siguiendo a WHITESELL y SILVA-ROMERO¹⁷, cabría la intervención de un tercero a solicitud del demandado de cumplirse las siguientes dos condiciones *sine qua non*:

- (i) que el tercero sea firmante del acuerdo arbitral del que deriva la solicitud de arbitraje; y
- (ii) que el demandado ejercite alguna pretensión frente a la nueva parte interviniente.

Asimismo, los referidos autores señalan que la solicitud de intervención ha de realizarse antes de que los árbitros hayan sido nombrados o confirmados, salvo que todas las partes estén de acuerdo en la intervención.

Por su parte, las normas del Centro de Arbitraje Internacional de Viena ("VIAC") en su artículo 15, relativo a arbitrajes multiparte¹⁸, prevé la necesidad de acuerdo tanto de los sujetos involucrados en el procedimiento en curso, como del propio tribunal arbitral, limitando las ocasiones en las que efectivamente se llega a producir una intervención de terceros.

Otras normas arbitrales han regulado la intervención de terceros desde una postura algo más laxa respecto al consentimiento de las partes. Así, el reglamento de la LCIA dispone en su artículo 22.1.h que el tribunal, a

instancia de una de las partes y oídas las demás, podrá permitir que uno o varios terceros, expresando su consentimiento, se adhieran al procedimiento, de tal manera que el consentimiento de la parte no solicitante, oída, no resulta determinante, entendiéndose que ya ha sido prestado al someterse a las normas de la LCIA. En una línea similar, el artículo 4.2 del reglamento de la Corte de Arbitraje y Mediación de las Cámaras de Comercio Suizas permite al tribunal arbitral decidir sobre la solicitud de un tercero de adherirse o sobre la solicitud de una de las partes de provocar la intervención de un tercero, previa consulta de los demás sujetos involucrados.

Por último, y con especial relevancia para arbitrajes *ad hoc*, el Reglamento UNCITRAL, en su artículo 20 sobre modificación de la demanda, permitiría la intervención de terceros al procedimiento, con el visto bueno del tribunal arbitral. Así sucedió en el caso *Biloune and Marine Drive Complex v. Ghana*¹⁹, en el que el tribunal arbitral admitió, con base en dicho artículo, la ampliación de la demanda para traer al Gobierno Ghanés a un procedimiento ya iniciado frente a Ghana Investment Centre, por entender que no se ocasionaba ningún perjuicio, dadas las circunstancias del caso.

En virtud de todo lo anterior, si bien es cierto que las instituciones arbitrales

¹⁷ WHITESELL, Anne Marie y SILVA-ROMERO, Eduardo. "Multiparty and Multicontract Arbitration". En: *International Court of Arbitration Bulletin. Special Supplement: Complex Arbitrations*. Paris: ICC Publishing, 2003, p. 11.

¹⁸ El artículo 15, apartado 8, de las llamadas "*Vienna Rules*" (las normas de arbitraje y conciliación de la VIAC) si bien no prevé expresamente la posibilidad de intervención adhesiva de terceros, sienta un estándar relacionado con la acumulación de procedimientos en arbitrajes multiparte que resulta de aplicación a la intervención de terceros.

¹⁹ Tribunal *ad hoc* (Reglamento UNCITRAL), 27 octubre 1989, *Biloune and Marine Drive Complex Ltd v. Ghana Investments Centre and the Government of Ghana*.

han buscado recoger en sus reglamentos disposiciones relativas a la incorporación de terceros al procedimiento, se puede apreciar una variedad de criterios y tendencias diferentes, por lo que el acuerdo arbitral firmado por las partes no deja de presentarse como la mejor alternativa para evitar conflictos de voluntades en esos supuestos.

Por tanto, cuando las partes prevean la conveniencia de la intervención de terceros en eventuales procedimientos que se inicien, será recomendable que así lo estipulen en la cláusula arbitral correspondiente, atendiendo a las circunstancias del caso y a la ley procesal aplicable. En concreto, en los casos de un contrato firmado por varias partes o de contratos vinculados en el marco de una operación, conviene incluir con claridad que las partes firmantes aceptan ser llamadas a procedimientos arbitrales que surjan entre los otros firmantes de la cláusula, o firmantes de otros contratos relacionados.

Por el contrario, si la voluntad inicial de las partes es la de no permitir posibles intervenciones de terceros, así deberá expresarse en la cláusula arbitral correspondiente. No obstante, la inclusión de una disposición en este sentido no siempre asegurará que la intervención no se lleve a cabo, dada la diversidad existente entre las distintas jurisdicciones.

5. ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS

Los acuerdos arbitrales con pluralidad de partes y, especialmente, los grupos de contratos pueden dar lugar al surgimiento de procedimientos arbitrales paralelos. Por razones de economía y celeridad, puede ser conveniente la acumulación de los mismos en un solo procedimiento arbitral, evitando además el riesgo de pronunciamientos contradictorios²⁰. En otros casos la situación puede ser justo la contraria, existiendo razones para mantener los procedimientos separados²¹.

Como regla general, sólo procederá la acumulación de procedimientos cuando concurra el acuerdo de todas las partes involucradas, normalmente contenido en los convenios arbitrales correspondientes. A este respecto se ha de señalar que la redacción de una cláusula arbitral con posibilidad de acumulación es especialmente compleja, siendo recomendable, una vez más, recurrir a asesoramiento especializado, tal y como señala el Borrador de Directrices de la IBA sobre redacción de acuerdos arbitrales. Un riesgo claramente a tener en cuenta es que incluir la posibilidad de acumular procedimientos en la cláusula arbitral, en algunas jurisdicciones puede considerarse como un consentimiento a arbitrajes colectivos o de clase (*class action arbitration*).

²⁰ Sobre las ventajas de la acumulación *vid.* GAILLARD, Emmanuel. "The Consolidation of Arbitral Proceedings and Court Proceedings" En: *International Court of Arbitration Bulletin. Special Supplement: Complex Arbitrations*. Paris: ICC Publishing, 2003, pp. 35 y ss.

²¹ Por ejemplo por cuestiones de confidencialidad (deseo de guardar determinados secretos comerciales) o porque alguna de las partes considere que sus derechos están mejor protegidos en un procedimiento bilateral.

Por otra parte, cuando las partes no hayan acordado expresamente la posibilidad de acumulación en los acuerdos arbitrales correspondientes, estarán sujetas a lo dispuesto en los reglamentos de las instituciones arbitrales a los que se hubieran sometido y, en último término, en la ley nacional aplicable al proceso arbitral.

Si bien, una vez los conflictos han surgido, resulta problemático consensuar las posturas de las partes para llegar a un acuerdo sobre la acumulación, ello no es imposible dado que muchas veces la acumulación jugará a favor de todas las partes. Así, por ejemplo, en el caso *France Telecom v. Líbano*²², las controversias surgidas en el marco de un Tratado Bilateral de Inversión y de un contrato BOT (“*Build, Operate and Transfer*”) en 2005, fueron acumuladas por acuerdo de las partes en un solo procedimiento ante un tribunal *ad hoc* (Reglamento UNCITRAL), dadas las dificultades encontradas en su tramitación por separado²³.

En defecto de acuerdo, cuando la cláusula arbitral establece un arbitraje institucional, algunos autores²⁴ han enten-

dido que, implícitamente, las partes han expresado su voluntad de someter cualquier incidente que surgiese a los reglamentos institucionales sin que ello contravenga el principio de autonomía de las partes. Ocurre sin embargo, que algunos de los reglamentos de las principales instituciones no se pronuncian sobre la acumulación de procedimientos, o lo hacen de manera escueta. Las normas de la AAA, por ejemplo, no hacen alusión a la acumulación, mientras que bajo las normas de la CCI, en concreto en su artículo 4.6, el tribunal arbitral solo podrá acumular procedimientos a solicitud de las partes, teniendo en cuenta que las partes en los dos procedimientos sean las mismas y la relación subyacente de la que traen causa también.

En otras instituciones las disposiciones son algo más amplias. Las normas de la Cámara de Comercio de Zurich, por ejemplo, permiten a los árbitros acordar la acumulación de procedimientos con base en su artículo 13, cuando en el marco de un arbitraje multiparte, y dentro de un plazo determinado, una de las partes inicia un procedimiento arbitral contra un tercero, debiendo coincidir ciertos elementos como el número de árbitros que componen el

²² *France Télécom International, SA y FTML, SAL v. República del Líbano*.

²³ El contrato BOT contenía una cláusula de arbitraje de la CCI y, una vez solicitado el arbitraje por las sociedades demandantes, el Consejo de Estado libanés declaró la nulidad de la cláusula al tratarse de un contrato administrativo. Si bien la declaración no hubiera afectado la competencia de la CCI, si hubiera condicionado la ejecutoriedad del laudo en el Líbano. Posteriormente, las demandantes interpusieron una demanda con aplicación del Reglamento UNCITRAL en virtud del Tratado Bilateral de Inversión, y solicitaron la acumulación de procedimientos ante el tribunal UNCITRAL, a lo cual accedió el Líbano, firmando un acuerdo de acumulación. Sobre este caso, y respecto de la acumulación voluntaria, *vid.* MOURRE, Alexis. *Les Cahiers de l'Arbitrage*. Vol. IV. Paris: Ed. A. Pedone, 2008, p. 396.

²⁴ *Vid.* CONEJERO ROOS, Cristian. “Multi-party Arbitration and Rule-making: Same Issues, Contrasting Approches”. En: *Years of the New York Convention: I.c.c.a. International Arbitration Conference I.c.c.a. Congress Series*. Dublin: Kluwer Law International, 2009, p. 415, en relación con PAULSSON, Jan. “Vicarious Hypochondria and Institutional Arbitration”. En: *Arbitration International*. 1990, p. 226.

tribunal. En un sentido similar, la Corte de Arbitraje de Madrid (la “CAM”), en el artículo 9 de su nuevo reglamento, vigente desde el 1 de enero de 2009, permite a la CAM, a instancia de parte en la solicitud inicial de arbitraje o una vez constituido el tribunal arbitral, declarar la acumulación de un procedimiento arbitral a uno anteriormente existente. Para ello, deberán ponderarse, entre otros factores, la naturaleza de las nuevas reclamaciones y su conexión con las ya formuladas en el otro procedimiento, según establece el citado artículo 9.

En defecto de un reglamento institucional, la normativa nacional aplicable al procedimiento puede regular aspectos relativos a la acumulación. Dependiendo de la sede del arbitraje, las regulaciones pueden ser más o menos rígidas respecto de la efectiva concurrencia de un acuerdo expreso de las partes. En Australia u Holanda, por ejemplo, las respectivas leyes de arbitraje permiten la acumulación cuando las disputas tengan origen en una misma operación o transacción, siempre que las partes no lo hayan excluido expresamente. Incluso en determinados ordenamientos, se permite la acumulación sin el consentimiento de todas las partes, como sucede en Hong Kong²⁵.

En último término, la acumulación puede incluso proceder de los propios

órganos judiciales sin amparo legal expreso. Así ha sucedido en el Estado de Nueva York cuando dos arbitrajes ya iniciados afectaban a unos mismas cuestiones de hecho y de derecho, si bien con jurisprudencia algo vacilante²⁶.

Se ha de resaltar por tanto la importancia de la elección de la sede del arbitraje, y su efectiva plasmación en el acuerdo arbitral, tanto para el tratamiento de la acumulación de procedimientos como para la intervención de terceros en el procedimiento. Haciendo una distinción entre el lugar y la sede del arbitraje²⁷, el hecho de que esta última determine la ley aplicable al procedimiento y, por tanto, regule en último término la intervención y la acumulación, resulta un factor relevante a tener en cuenta en su elección. A la vista de las consideraciones anteriormente expuestas, será recomendable el análisis de la normativa de la sede relativa a estas cuestiones que con frecuencia se suscitan en los arbitrajes multiparte.

En cuanto a la función del tribunal arbitral, éste podrá, dentro del marco de sus atribuciones, propiciar o proponer que las partes lleguen a un acuerdo sobre la acumulación. En ausencia de acuerdo expreso, el tribunal incluso podría examinar si las partes de manera implícita han consentido a la acumulación. Por tanto, la claridad de la cláusula respecto

²⁵ Vid. BORN, Gary B. *International Commercial Arbitration*. Alphen aan den Rijn (Netherlands): Kluwer Law International, 2009, p. 2087 y siguientes.

²⁶ HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations. Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*. The Hague (The Netherlands): Kluwer Law International, 2005, p. 185.

²⁷ El lugar del arbitraje remite a una referencia fáctica, o si se quiere física, sobre la efectiva localización dónde se llevará a cabo el arbitraje, mientras que la sede hace alusión a la referencia jurídica, a la ley rectora del procedimiento. Es la elección de ésta última la que determina importantes consecuencias legales, como la nacionalidad del laudo, el auxilio de los tribunales en el procedimiento arbitral o la nulidad del laudo.

al sometimiento de controversias ante un mismo tribunal arbitral puede evitar recurrir a teorías de interpretación de la voluntad de las partes al suscribir el convenio arbitral.

6. ASPECTOS PRÁCTICOS

Tal y como señalábamos en apartados anteriores, es frecuente que el acuerdo arbitral no regule expresamente extremos relacionados con los arbitrajes multiparte. En el presente apartado nos proponemos sistematizar las consecuencias prácticas de las distintas decisiones que, habitualmente, tomarán las partes a la hora de redactar la cláusula arbitral cuando las mismas no hayan regulado las cuestiones propias de los arbitrajes multiparte.

La primera decisión que tomarán las partes será la de someter sus eventuales controversias a arbitraje *ad hoc* o arbitraje institucional. En el primer caso, será frecuente que las partes acuerden la aplicación del Reglamento UNCITRAL. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el Reglamento UNCITRAL no prevé cuestiones relativas a arbitrajes multiparte²⁸. Así, no regula la designación del tribunal arbitral en caso de pluralidad de partes, ni la intervención de terceros, ni la posibilidad de acumular dos procedimientos ya iniciados que afecten a unas mismas cuestiones de hecho y de derecho. No obstante lo anterior, la amplitud de los términos en los que está redactado el artículo 20 del Reglamento UNCITRAL, ha permitido la posibilidad

de provocar la intervención de terceros con el beneplácito del tribunal arbitral correspondiente. De optarse por un arbitraje *ad hoc*, será especialmente recomendable que las partes tomen en consideración el Borrador de Directrices de la IBA sobre redacción de cláusulas arbitrales.

En cuanto al arbitraje institucional, la mayoría de las instituciones arbitrales cuentan normas relativas a los arbitrajes multiparte en sus respectivos reglamentos, existiendo sin embargo una amplia variedad en cuanto al contenido y alcance de las mismas. Así, la regulación de estos aspectos suele ser más prolija en los reglamentos más recientes²⁹, apuntando claramente una tendencia a establecer disposiciones que contemplen aspectos relevantes de los arbitrajes con pluralidad de partes. Por ello, según la institución, la regulación resultará más o menos extensa. Procedemos a continuación a describir, brevemente, lo dispuesto en los reglamentos de las principales instituciones arbitrales.

La CCI dispone normas para los casos de arbitraje con pluralidad de partes, en lo que el nombramiento del tribunal arbitral respecta³⁰, estableciendo la facultad de la CCI para nombrar a todos los árbitros de no mediar el acuerdo de las partes. Asimismo, según los precedentes comentados, la CCI permitirá la intervención de terceros en el procedimiento a solicitud del demandado, siempre que se cumplan los requisitos señalados anteriormente. Finalmente, cabrá la acumulación de procedimientos³¹

²⁸ Vid. nota al pie nº 12 *supra*.

²⁹ E.g. el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo o la CAM.

³⁰ Artículos 9 y 10 del Reglamento Internacional de Arbitraje de la CCI.

³¹ Artículos 4 (6) y 19 del Reglamento Internacional de Arbitraje de la CCI.

siembre que (i) se solicite por una de las partes; (ii) las partes sean las mismas en ambos procedimientos; (iii) ambos deriven de una misma relación jurídica; y (iv) el acta de misión aún no se haya firmado o aprobado por la Corte (o excepcionalmente, cuando el tribunal arbitral lo autorice).

Por su parte, el Reglamento de la LCIA recoge expresamente que la corte nombrará a todos los miembros del tribunal, en supuestos en los que concurren tres litigantes o más, cuando no haya un acuerdo expreso de las partes para constituirse conjuntamente como “demandantes” y “demandadas” (artículo 8). De igual manera, el reglamento contempla, entre las facultades atribuidas al tribunal arbitral, la capacidad del mismo para, a solicitud de parte, autorizar que uno o varios terceros sean parte del arbitraje, incluso contra la voluntad de alguna de las partes (artículo 22.1.h).

Por su parte, la AAA cuenta con una regulación más escueta. Si bien faculta a la institución para nombrar a todos los miembros del tribunal arbitral en caso de desacuerdo de las partes, no regula expresamente los supuestos de intervención. Así pues, en la práctica³² los tribunales de la AAA tenderán a oponerse a la intervención de terceros en el procedimiento, salvo que se haya consentido previamente por las partes, ya

sea expresa o implícitamente. Por su parte, en su procedimiento abreviado quedan excluidos, salvo acuerdo en contrario de las partes, los procedimientos que involucren a más de dos partes (disposición R-1. (b)).

En lo que respecta al Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo (“SCC”), su nuevo reglamento³³ contempla que, en principio, el nombramiento de los árbitros ha de ser conjunto, sin embargo, en caso de desacuerdo, la SCC se reserva el nombramiento de todos los miembros del tribunal arbitral (artículo 13.4). Asimismo, en su reciente modificación, se ha incluido una disposición específica relativa a la acumulación de procedimientos (artículo. 11), pudiendo acordarse por el tribunal arbitral correspondiente a instancia de una de las partes bajo ciertas condiciones³⁴.

Finalmente, el nuevo Reglamento de la CAM regula expresamente la acumulación de procedimientos y la intervención de terceros (artículo 9), facultando a la institución para decidir sobre la procedencia de la acumulación de procedimientos, al igual que sobre la intervención de terceros. Además, el nombramiento de los árbitros, en caso de que concurren más de dos partes, recaerá sobre la CAM en caso de desacuerdo entre las mismas acerca de su nombramiento (art. 14).

³² HANOTIAU, Bernard. *Complex Arbitrations. Multiparty, Multicontract, Multi-issue and Class Actions*. The Hague (The Netherlands): Kluwer Law International, 2005, p. 177.

³³ Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, vigente desde el 1 de enero de 2010.

³⁴ El tribunal arbitral, a instancia de una de las partes y oídas las demás, podrá acordar la acumulación de procedimientos en caso de que las partes y la relación contractual subyacente sean las mismas en ambos arbitrajes.

7. CONSIDERACIONES FINALES

En el contexto actual, los arbitrajes multiparte son el reflejo de la complejidad de las relaciones en los negocios internacionales. En este sentido, los procedimientos arbitrales derivados de los mismos entrañan una mayor complejidad que, en la práctica, se traduce en obstáculos o detrimentos para las partes.

Con el fin de sortear estas cuestiones, la redacción de la cláusula arbitral es la principal herramienta con la que cuentan las partes. Diversas disposiciones pueden tenerse en cuenta desde la redacción del acuerdo arbitral, cuando el contrato (o los contratos) que se acuerden hagan prever que las potenciales disputas involucrarán a varios sujetos.

Sin embargo, en la práctica habitual se hacen escasas disposiciones en los acuerdos arbitrales acerca de estas cuestiones, dejándose, en la mayor parte de los casos, el tratamiento de las cuestiones que pudiesen surgir, a las normas de las instituciones arbitrales, que no siempre ofrecen las soluciones deseadas. A este respecto, en arbitrajes multiparte, la elección de la institución, y del lugar del arbitraje resultarán esenciales ante la falta de armonización de las distintas legislaciones, siendo especialmente

conveniente recabar un asesoramiento especializado.

En cualquier caso, es recomendable que los convenios arbitrales multiparte contengan disposiciones especiales que regulen las cuestiones problemáticas tratadas *ut supra*. Previsiones sencillas sobre la determinación del método de designación de los árbitros resultan útiles, no solo para garantizar la completa autonomía de las partes al elegir los miembros del tribunal arbitral, sino para evitar potenciales obstáculos al inicio de un arbitraje. De igual manera, las previsiones sobre intervención de terceros en el procedimiento y la acumulación de procesos paralelos puede resultar un medio de ahorrar costes y tiempo, así como salvar posibles pronunciamientos divergentes en caso de existir procedimientos paralelos.

En resumen, la solución de los incidentes que se puedan generar en los arbitrajes multiparte reside principalmente en las disposiciones que las partes hubieran acordado en el convenio arbitral. De ahí que la precisión y claridad de las cláusulas resulte de extrema utilidad, ya que su contenido lleva implícito la válida voluntad y acuerdo de las partes que, en definitiva, es el fundamento último de todo arbitraje.

LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE A LOS ENTES PÚBLICOS. EL CASO DE ESPAÑA

JUAN CARLOS CALVO CORBELLA (*)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. El régimen legal del arbitraje como instrumento para la solución de conflictos de las entidades públicas tras la promulgación de la constitución de 1978. 3. Incidencia de la ley de arbitraje de 23 de Diciembre de 2003 en la cuestión del arbitraje aplicable a los entes públicos. 4. El régimen jurídico del arbitraje de los entes públicos que no ostenten la condición de administraciones públicas definido en la ley de contratos de sector público de 30 de Octubre de 2007. 5. La extensión del arbitraje en las leyes especiales. El caso del arbitraje en materia de derecho de la competencia. 6. El sometimiento del estado a arbitraje en disputas promovidas por inversores extranjeros.

1. INTRODUCCIÓN

En la Antigua Roma, según se refiere en las Instituciones de Gayo, podía distinguirse, entre las diferentes clases de acciones establecidas por la Ley, aquella consistente en la solicitud de la intervención de un Juez. (Comentario cuarto, punto 12).

Ya en la Ley de las XII Tablas, para pedir lo que se adeudaba *ex stipulatione*, podía acudir al procedimiento “judicial” para el ejercicio de las acciones legales correspondientes. Ahora bien, al referir Gayo, en sus Comentarios, el mencionado procedimiento, para el ejercicio de acciones legales, utiliza indistintamente los términos de *iudex* y de *arbitrator*. Esto es, la reclamación

de la deuda de cantidad cuya causa lo hubiere sido la estipulación preexistente entre las partes, podía solventarse (más simplificada y con menores riesgos que en el caso de la apuesta sacramental; de la *condictio*; de la aprehensión corporal; o de la *pignoris capionem*) mediante la designación de un “árbitro”.

El arbitraje, como medio para la solución de conflictos, no sólo constituía, en la Antigüedad, un medio jurídico, legalmente previsto, para solucionar controversias, sino que se identificaba como una manifestación necesaria de la justicia.

A este respecto, podemos recordar la obra atribuida al comediógrafo ateniense Menandro quien, en el Siglo IV antes de Cristo, escribió una comedia bajo tal

(*) Director Adjunto al Presidente del Grupo Urbaser, Madrid - España.

nombre (“El Arbitraje”). En el acto segundo de la misma se contempla una escena en la que, para determinar a quién debía atribuirse la tutela de un niño, se solicita que Esmícrides decida la controversia. El planteamiento del caso es sencillo. Las partes (Sirisco y Daos) buscan “un juez imparcial”; a quién “si nada se lo impide”, se le pedirá que resuelva la controversia (la atribución de la tutela –y la consiguiente encomienda de la Administración del patrimonio– de un niño). Esmícrides, previamente a la aceptación de la tarea que Sirisco y Daos pretenden asignarle les pregunta: “¿os atendréis a mi sentencia?”. Inmediatamente a la plena aceptación de lo solicitado (la aceptación del fallo), el árbitro decide conceder “audiencia” a los discordantes. Tras el relato de los hechos que realizan uno y otro, y una vez después de haber manifestado, respectivamente, “haber terminado”, se pide al árbitro “que juzgue lo que le parezca justo”. El árbitro resuelve el dilema con facilidad (al niño le pertenece todo cuanto con él se hallaba expuesto; la tutela del niño incumbe a quién lo ayudó, no a quién le causó perjuicio). Daos pierde el caso. Se queja amargamente (“¿por qué le dejaría yo, que hiciera de árbitro?”). Por descontado, entiende que el fallo ha sido injusto. Sirisco hace votos, para resolver sus conflictos de “aceptar sin más el arbitraje que queráis”.

El relato que acabamos de efectuar no dudamos que inducirá, a quienquiera que lo leyere, a ratificar que la situación del arbitraje hoy no difiere mucho de la que, reflejando la situación en el Siglo IV antes de Cristo, se pone de manifiesto en la obra de Menandro.

Si los particulares (personas físicas o jurídicas), cuando, tras haber

sometido sus controversias a arbitraje, obtienen pronunciamientos desfavorables como el que obtuvo Daos, reproducen comportamientos críticos del arbitraje, semejantes a los de aquél, aún más distante y aversiva de la institución arbitral, si cabe, habría de manifestarse una *entidad pública*. (Dejemos de lado ahora que, por su vinculación a los estados y situaciones del status civil, no resultaría hoy legítimo arbitrar en materia de tutela, por lo que el objeto, trasladado al presente del arbitraje de Esmícrides habría quedado reducido a una de sus dos partes).

Averiguar y determinar por qué razones resulten reticentes las *entidades públicas* al sometimiento de sus conflictos al arbitraje de un tercero no es cuestión a la que vayamos a dedicarle ahora, en esta breve aportación, el estudio que merecería. Bastaría recordar los siglos transcurridos hasta que los poderes públicos aceptaron someterse, autolimitándose en el origen, al mandato de las leyes, al control de los Tribunales. En el seno de semejante tradición, la aceptación de que la decisión de una controversia no la realice un órgano cuyas competencias hayan sido predeterminadamente establecidas en las leyes, debe considerarse, ya de antemano, un avance espectacular.

La *naturaleza del poder público* difiere, en términos ontológicos, de manera radical, de la que pueda corresponder a un sujeto privado (de poder). Al dualismo poder público/súbdito (subsistente hoy, al menos en la forma, en los regímenes políticos monárquicos) subyace la antinomia hamletiana de “ser o de no ser” (poderoso). En tales condiciones, la abdicación del poder, la *renuncia a la prerrogativa*, el autodespojamiento

de la fuerza de imposición que permite el prevalecimiento de la propia postura, constituye un acto próximo al que sólo los héroes culturales pueden realizar. (No debe olvidarse que el digesto 4.8.27.2 recoge la *Regulae Iuris* de Ulpiano de que *Stari debet sententiae arbitri*).

No obstante la inevitabilidad de las consecuencias que resultan de la oposición de partida (y que sólo las transformaciones históricas y la progresiva igualación de las fuerzas entre los poderosos y los sometidos, a través de la desestatización y la recuperación de la autonomía por la sociedad civil—por el pueblo, en suma— permitiría eludir) y muy probablemente, por la emergencia de nuevas circunstancias superadoras de la tradicional inaccesibilidad y distancia del Poder, ha entrado ya hoy en el debate intelectual ordinario, con renovada y más intensa energía, la cuestión del sometimiento a arbitraje de las controversias que afecten a los entes públicos.

En el caso de España, y sin necesidad de remontarnos a la Hispania prerromana, no obstante la puntual constitucionalización del arbitraje, lo cierto es que han sido, desde el pasado siglo, mayores las dificultades que las facilidades para la implantación del sistema arbitral en el ámbito público.

No debe dejar de hacerse mención al hecho de que, el mismo arbitraje “privado”, sólo tras vencer toda clase de resistencias pudo incorporarse al ordenamiento jurídico, más allá del limitado ámbito definido por el Código Civil de 1889 en sus artículos 1820 y 1821, mediante la Ley de 22 de diciembre de 1953. Incluso, la regulación, 35 años más tarde, tras la vigencia del texto constitucional de 1978, del arbitraje, hubo de venir precedida,

tal y como lo reflejara su preámbulo y Exposición de Motivos, por la aportación de razones disuasorias, anticipatoriamente, de la objeción a la constitucionalidad del arbitraje *por posiblemente contrario al Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 CE*. Aunque la Ley de 5 de diciembre de 1988 no extendió las justificaciones ofrecidas para legitimar su existencia al caso de los entes públicos—cuyo sometimiento al arbitraje, desde la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1911, hasta la Ley General Presupuestaria de 1977, inmediata anterior a la LA 36/1988, quedaba sometido a severas restricciones— a los límites que para la aplicación del arbitraje a los entes públicos pudieran inferirse del artículo 106 CE—que somete al control de los Tribunales de Justicia la legalidad de la actuación de las Administraciones Públicas—, implícita en la regulación del arbitraje que fue su contenido podía localizarse la existencia de límites estructurales a la extensión al ámbito público de la Institución.

Es el nuevo marco jurídico definido, precisamente, a partir de los últimos años 80, desde el que partimos para efectuar una evaluación somera de la situación del arbitraje, en relación específica con los entes públicos que constituye el objeto de esta comunicación.

2. EL RÉGIMEN LEGAL DEL ARBITRAJE COMO INSTRUMENTO PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LAS ENTIDADES PÚBLICAS TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN DE 1978

Nos hemos referido ya en la introducción, de manera somera, a

algunas dudas surgidas en relación con la constitucionalidad del arbitraje tras la entrada en vigor de la constitución de 1978. El Tribunal constitucional se ha pronunciado, en sucesivas ocasiones, sobre la materia arbitral, llegando a calificar la actuación que cumplen los árbitros como “*equivalente jurisdiccional*”. Aunque, de esta manera, se cierra la discusión en cuanto a la conformidad de la Institución arbitral al ordenamiento constitucional, y sin perjuicio de reiterar ahora la crítica de semejantes pseudoconceptos que hemos realizado en diferentes foros y publicaciones (porque, fuera de su inadecuación, no advierten el peligroso deslizamiento del arbitraje, más allá de su ámbito propio, a aquél –el de la verdadera jurisdicción– que nunca debería traspasar), es igualmente cierto que la controversia no cesa en lo que respecta al arbitramiento en cuestiones que atañan a entidades públicas.

(En la misma línea crítica, el uso de conceptos manifiestamente iuspublicistas, como el de *Kompetenz-Kompetenz* –que remite, cómicamente, al *Kaiserlich-Königlich* del Imperio Austrohúngaro–, importado indebidamente de la teoría general del Estado de Jellinek).

El principio general obstaculizador de la aplicabilidad del arbitraje es el de la *irrenunciabilidad de los derechos* de los que son titulares las entidades públicas. Debe añadirse el principio de indisponibilidad de los derechos públicos. Ambos principios son plenamente válidos cuando aquéllos derechos son, de manera efectiva, inequívocamente “públicos”. El hecho de que la atribución formal de la titularidad de derechos haya sido encomendada a la “Hacienda pública”

dificulta el discernimiento, como ámbito de más factible aplicación del arbitraje, de aquél dominio en el que, por su naturaleza eminentemente “privada”, resulte plausible la aplicación del arbitraje. (Resulta patente que la inevitabilidad de la dificultad mencionada radica en la indistinguibilidad, en el acervo de derechos de las entidades públicas, de aquéllos que puedan caracterizarse como “puramente privados”. Así, los entes públicos, por serlo tales, siempre serían, en la teoría, titulares de derechos “públicos”).

La Ley General Presupuestaria, cuyo Texto Refundido fue aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, establecía en su artículo 39º, que el sometimiento a arbitraje de las contiendas que se suscitaren sobre los derechos de la Hacienda pública (definidos, ampliamente, en el artículo 22º de aquella Ley, incluyendo los rendimientos procedentes del patrimonio) no podría efectuarse sino mediante Real Decreto acordado en Consejo de Ministros previa Audiencia del Consejo de Estado en Pleno. La relativa suavización de las rigideces a las que el citado artículo 39 sometía a la Hacienda pública, no sólo en cuanto al arbitraje, sino en cuanto a la transacción, se introdujo, por imposición necesaria, mediante las reformas introducidas por la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, facilitando los convenios que pudiese alcanzar la Hacienda pública (ahora la Agencia Estatal de Administración Tributaria) alcanzando convenios de acreedores con los deudores concursados. Pero estas reformas no alcanzaron, directamente, al arbitraje. La indisponibilidad inherente a los derechos de la Hacienda pública se erigía en

obstáculo al levantamiento de restricciones en la materia que nos ocupa.

Al promulgarse la Ley General Presupuestaria de 26 de noviembre de 2003, el régimen jurídico del arbitraje sobre las contiendas que afectaren a los derechos de la Hacienda pública estatal se mantuvo en términos idénticos a los de la Ley aprobada 5 años antes; exigiéndose, igual que en aquélla, Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previa audiencia de Consejo de Estado en Pleno.

(No obstante, por efecto de la defectuosa técnica legislativa, no se advirtió que, mientras que esta cuestión, regulada en el artículo 7.3, reproducía literalmente, en parte, el antiguo artículo 39, refiriéndose “a los derechos de la hacienda pública estatal”, la nueva definición de los mismos, contenida en el nuevo artículo 5.2 clasificaba tales derechos diferenciando “los de naturaleza pública y los de naturaleza privada”).

De esta manera, aunque en el fondo nada hubiere cambiado los obstáculos formales al arbitraje, incluso en las materias definidas como privadas, subsistían íntegramente.

Idéntica regulación que la introducida por el ordenamiento jurídico presupuestario estatal regía, en materia de arbitraje, en el ordenamiento regulador de las Haciendas locales. Tanto en el Texto Refundido de las Disposiciones legales vigentes en materia de régimen local aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril (artículo 180.2), como en el Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, vigente actualmente respecto de las Administraciones Públicas Locales.

Con todo, aún pudiera tenerse el consuelo de constatar que, ateniéndonos a la regulación del arbitraje en la legislación del Patrimonio del Estado (Decreto 1022/64, de 15 de abril), en la que el sometimiento a arbitraje exigía, ni más ni menos, que una Ley lo autorizare, hubiera habido tiempos peores para el arbitraje en el ámbito público.

En la actualidad, el régimen jurídico del Patrimonio de las Administraciones Públicas, aprobado por Ley 33/2003, de 3 de noviembre, establece en su artículo 31 un régimen en todo congruente con el definido por la legislación presupuestaria: Real Decreto acordado en Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado en Pleno; sin perjuicio de la adaptación a la organización propia de las Administraciones Públicas distintas de la del Estado, en sus ámbitos respectivos.

Como puede fácilmente concluirse, 15 años después de la promulgación de la Constitución, la situación, en cuanto a la extensión del uso de fórmulas arbitrales para la solución de conflictos en el ámbito público, no puede considerarse hubiera experimentado el más mínimo progreso.

Ni tan siquiera hubiera podido alcanzarse conclusión diferente si reparáramos en innovaciones cuál la introducida, años atrás, al establecerse la posibilidad de sustitución de los recursos administrativos de alzada y de reposición mediante procedimientos de arbitraje “ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a Instrucciones jerárquicas” tal y como se regula en el artículo 107.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que regula el régimen jurídico del procedimiento administrativo

común de las Administraciones Públicas. Ni pueden reconocerse en el arbitraje mencionado las características del verdadero arbitraje (tal y como se concibe en el ámbito de actuación de los operadores jurídicos particulares); ni puede tampoco colegirse, como irremediable, que las decisiones de los órganos colegiados, inequívocamente administrativos, que dirimieren “arbitralmente”, en sustitución de la vía de recurso administrativo, las cuestiones sometidas a su conocimiento, no pudieran ser revisadas por los órganos judiciales.

3. INCIDENCIA DE LA LEY DE ARBITRAJE DE 23 DE DICIEMBRE DE 2003 EN LA CUESTIÓN DEL ARBITRAJE APLICABLE A LOS ENTES PÚBLICOS

Dentro del mismo periodo temporal de 15 años al que hemos hecho referencia para efectuar la relación –no exhaustiva– de la regulación de la materia arbitral, adviene al ordenamiento de la nueva Ley (y aún hoy vigente) de arbitraje.

Pudiera haberse esperado que en esta Ley de Arbitraje hubieran sido introducidas modificaciones aplicables a los entes públicos; o, al menos a una parte de las entidades discernibles dentro del macroconcepto tipológico de los entes públicos. Lo cierto es que tal cosa no aconteció. Apenas puede advertirse referencia a los Estados cuando, en el artículo 2.2, y referido expresa y explícitamente al Arbitraje Internacional, se establece que, en tal caso, aquella parte en el procedimiento que fuere un Estado (o una sociedad, organización o empresa

controlada por un Estado) no podrá invocar las prerrogativas de sus propios derechos para sustraerse a las obligaciones emanantes del convenio arbitral. La cuestión va unida a la imperativa exigencia de que los Estados den cumplimiento y observen, en sus territorios, y en cuanto que signatarios de los convenios internacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales dictados en el extranjero, la eficacia, en su ámbito propio de soberanía, de dichas decisiones arbitrales. (Y no obstante el hecho de que la norma antes invocada se refiera a un Estado sólo en cuanto que parte en el procedimiento; condición que no conviene, necesariamente, al Estado que ejecuta un laudo arbitral dictado en el extranjero).

Fuera de las consideraciones precedentes, el sometimiento al arbitraje, por el Estado tanto como por otras Administraciones Públicas Territoriales, de las contiendas que les afectaren queda sujeto a la observancia de los requisitos definidos en las normas presupuestarias.

4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE DE LOS ENTES PÚBLICOS QUE NO OSTENTEN LA CONDICIÓN DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEFINIDO EN LA LEY DE CONTRATOS DE SECTOR PÚBLICO DE 30 DE OCTUBRE DE 2007

La verdadera transformación de la situación se produce tras la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos del sector público. El artículo 39º de la misma (curiosamente, con idéntica numeración que el regulatorio de idéntica materia en la LGP de 1988) dispone que:

“los entes, organismos y entidades del sector público *que no tengan el carácter de Administraciones Públicas* podrán remitir a un arbitraje conforme a las disposiciones de la Ley 30/2006, de 23 de diciembre de arbitraje la solución de las diferencias que puedan surgir *sobre los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren*” (énfasis agregado).

La alteración resulta radical, en la medida en que se considere (como consideramos nosotros) que la remisión a la Ley 60/2003 no se refiere a las reglas de procedimiento que contiene la misma; sino que incluye la determinación de la totalidad de los requisitos y condiciones a los que deba sujetarse el ente público en cuestión a fin de someter una controversia al arbitraje; por lo que quedarían excluidos los requisitos de autorización por el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado. (Esto en el caso de aquéllos entes sometidos o dependientes de la Administración del Estado).

La definición del ámbito subjetivo de aplicación de la norma exige tomar en consideración las disposiciones de la Ley 30/2007 en las que se define qué entidades integran el “sector público”; y cuáles, dentro de las mismas, por ser consideradas “Administraciones Públicas”, no deban entenderse amparadas, en cuanto al régimen del Arbitraje por el citado artículo 39 LCSP.

En concreto, el artículo 3 de la última define qué entes, organismos y entidades “forman parte del sector público”. Entre los mismos se encuentran los siguientes:

A) La Administración General del Estado, las Administraciones

de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

- B) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.
- C) Los Organismos Autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias Estatales y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.
- D) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a) a f) del presente apartado sea superior al 50 por ciento.
- E) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.
- F) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de

una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.

- G) Las mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.
- H) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
- I) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

Para la determinación, dentro de los entes que forman parte del sector público, de aquéllos que, por no tener la consideración de Administraciones Públicas, pueden acogerse al Régimen de Arbitraje previsto en la Ley 60/2003, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 30/2007, debemos atender a la definición del concepto de Administraciones Públicas que incluye el artículo 3.2 de la última.

Son Administraciones Públicas, las entidades contempladas en las letras a)

y b) del artículo 3.1 (Administraciones Territoriales; Seguridad Social); los organismos autónomos; las Universidades Públicas; las entidades de derecho público conjunciones regulatorias o de control sectoriales; las entidades de derecho público cuya actividad no consista en la predicción de bienes y servicios o que no se financien con la contrapartida por la entrega de bienes o la realización de los servicios que realicen.

No obstante, en todo caso, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las *entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las comunidades autónomas y entidades locales*.

Al respecto, dada la asimilación legal, ex Disposición adicional vigésimo quinta de la Ley 30/2007, del régimen de contratación del Instituto Español de Comercio Exterior; de la Sociedad estatal de participaciones estatales; del Ente Público Puertos del Estado y de las Autoridades Portuarias al establecido para las entidades públicas empresariales, podría entenderse aplicable a todos los anteriores el régimen de arbitraje que prevé el artículo 39.

El ámbito objetivo de las cuestiones correspondientes a los entes del sector público que, por no tener la consideración de Administraciones Públicas, puedan someterse a Arbitraje, conforme al régimen de la ley 30/2003, alcanza, exclusivamente, a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos que celebren.

Tal ámbito corresponde con el que, dentro de los denominados *contratos*

privados (esto es, los celebrados por las entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas, según definición del artículo 20 LCSP), es competencia, en principio del *orden jurisdiccional civil*, según dispone el artículo 21.2 LCSP.

Se advierte, ya sólo por este indicio, que, siempre que por hallarse vinculada la materia al ámbito de lo característicamente público, incumbiere su control al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, nos hallaríamos extramuros del ámbito de la posible sumisión al Arbitraje ordinario.

La dificultad surge por la exclusión del sometimiento a posible arbitraje de la preparación y la adjudicación de los contratos privados que celebren los entes públicos.

La competencia para el enjuiciamiento de las controversias que se susciten respecto de los mismos corresponde al orden jurisdiccional civil. No obstante, el hecho de que, atribuidas como están tales materias a dicho orden jurisdiccional, no se advierta que –por analogía respecto de aquéllas otras que, también incumbentes, en principio, al orden civil, pueden, no obstante, asignarse a arbitraje– hubiera podido, asimismo, asignarse las primeras al arbitraje, determina la posibilidad de graves contradicciones por concurrencia posible de arbitraje y jurisdicción respecto de los elementos integrantes en un mismo contrato. (Sea, en un caso, en las fases de preparación y adjudicación; sea, en el otro en cuanto a los efectos cumplimiento y extinción del contrato).

La cuestión puede complicarse aún más en el caso de contratos, realizados por entes del sector público, que no tengan la

condición de Administraciones Públicas; pero que, *por estar sujetos a regulación armonizada* (en los términos del artículo 13 de la Ley) deban someterse, para el control de los actos de preparación y de adjudicación, a los órganos judiciales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

Restrictivamente de las expectativas que ofrece la regulación descrita, debe efectuarse mención del régimen especial que para la contratación en el extranjero (contratos que se formalicen y se ejecuten en el extranjero) contiene la Disposición adicional primera de la Ley 30/2007.

En cuanto a los mismos, el punto dos de la citada disposición establece que “en los contratos con empresas españolas se incluirán cláusulas de sumisión a los Tribunales Españoles”.

Una primera interpretación pudiera permitir sostener que la Ley excluye el sometimiento a arbitraje en tales casos. Pero esto no resulta consistente, ni con el régimen –diáfano– que contempla el artículo 39; ni con el régimen previsto para la contratación con empresas extranjeras en el extranjero, contemplado en el punto tres de la misma DA 1ª. Para estos últimos casos se dispone que “se procurará, cuando las circunstancias lo aconsejen, la incorporación de cláusulas tendentes a resolver las discrepancias que puedan surgir mediante fórmulas sencillas de Arbitraje”.

A partir de esto último, la interpretación más plausible del punto dos es, que cuando se trate de contratos con empresas españolas en el extranjero, y no haya sido considerada la sumisión al arbitra-

je (en la medida en que lo posibilitara el tenor del artículo 39) en lugar del sometimiento a Tribunales del foro, se impondría la sujeción a Tribunales Nacionales.

Por último, como manifestación del apresuramiento del legislador, cabe señalar que, también en el caso de los contratos celebrados en el extranjero con empresas extranjeras se dice que “se procurará incluir cláusulas de sumisión a los Tribunales Españoles”.

Aunque se echa en falta que para la contratación en el extranjero con empresas españolas no se haya tomado la decisión de someter, preferentemente, las controversias a arbitraje, la conclusión común a los dos casos considerados es, que sin perjuicio de la posibilidad de aplicación del sistema arbitral de solución de conflictos, cuando ello no fuere legalmente posible, o siéndolo, no fuere la opción elegida, habrá siempre que procurar la sumisión a los Tribunales Españoles.

En definitiva, y pese a las objeciones apuntadas en los últimos apartados, el hecho incontestable es, que tras la entrada en vigor de la Ley 30/2007, se ha producido un avance real y efectivo en cuanto a la generalización y mayor extensión de la aplicación del arbitraje a las contiendas que afectan a los entes públicos.

5. LA EXTENSIÓN DEL ARBITRAJE EN LAS LEYES ESPECIALES. EL CASO DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como manifestación de la expansión creciente del ámbito de aplicación del arbitraje a través de regímenes legales

especiales, queremos efectuar referencia a la regulación que del arbitraje en materia de competencia se contiene en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el reglamento de defensa de la competencia, en ejecución de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Los artículos 72º a 78º del reglamento, en desarrollo y ejecución del artículo 24 f) de la Ley 15/2007 incorporan como propias de la Comisión Nacional de la Competencia “las funciones de arbitraje institucional, tanto de derecho como de equidad, que le encomienden las leyes y las que le sean sometidas por los operadores económicos en aplicación de la ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje”.

Extraña esta mención dado que, para la ley citada en último lugar, el arbitraje institucional se limita a la Administración del arbitraje y a la designación de los árbitros a través de las Corporaciones y Asociaciones que define el artículo 14 de la misma (que contempla, específicamente, al entonces existente Tribunal de Defensa de la Competencia).

Sin embargo, en el régimen previsto en el Real Decreto 261/2008, quien arbitra es la propia Comisión Nacional de la Competencia, como órgano colegiado, a partir de un informe elaborado por la Dirección de Investigación en el que se incluirá la propuesta de laudo arbitral (artículo 74.1). Es la propia Comisión Nacional de la Competencia la que dicta el laudo arbitral (artículo 66).

Como puede fácilmente advertirse, el legislador expresa y refuerza su voluntad de expandir el ámbito de aplicación del

arbitraje, no obstante que, al hacerlo, incurra en marcada heterodoxia.

6. EL SOMETIMIENTO DEL ESTADO A ARBITRAJE EN DISPUTAS PROMOVIDAS POR INVERSORES EXTRANJEROS

A diferencia del régimen aplicable a las controversias arbitrables en las que intervengan los entes públicos (ya sean de índole nacional o internacional),

conforme al ordenamiento jurídico común, debe señalarse, por su especial trascendencia, la utilización y el recurso por el Estado español del arbitraje para dirimir controversias suscitadas por inversores no nacionales, amparadas en convenios bilaterales que invoquen como fórmula de solución para tales conflictos la Convención para el Arreglo de Diferencias en materia de Inversiones, firmado el 18 de marzo de 1965, bajo los auspicios del Banco Internacional para la Reconstrucción y el Desarrollo (BIRD).

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL

FAUSTINO CORDÓN MORENO (*)

SUMARIO: 1. La relevancia de la voluntad de las partes en el arbitraje. 2. La autonomía del convenio arbitral. 3. La naturaleza accesorio del convenio arbitral. 4. El principio de relatividad del convenio arbitral y sus excepciones. 4.1. Introducción. 4.2. Los supuestos de pluralidad de demandados con sometimiento a diversidad de fueros (arbitral y judicial) y la falta de fuerza atractiva del convenio arbitral. 4.3. La posibilidad de entender que el tercero queda vinculado por el convenio por su aceptación tácita. 4.4. Los supuestos de extensión legal de la eficacia del convenio. 4.5. La matización del principio de relatividad de los contratos. 4.6. Los supuestos de extensión de la eficacia del convenio por la jurisprudencia.

La voluntad de las partes es la fuente del arbitraje y se manifiesta en el convenio arbitral, que es un contrato y, como tal, sólo vincula a las partes que lo concertaron. Sin embargo, este principio (de relatividad contractual) no es absoluto; la jurisprudencia ha matizado su alcance con carácter general (con referencia a la generalidad de los contratos) y las excepciones al mismo que ha apreciado son semejantes a las que han tenido en cuenta algunas instituciones arbitrales de prestigio, y también alguna legislación, como la peruana, que se han pronunciado expresamente sobre la eficacia frente a terceros en algunos casos del convenio arbitral.

PALABRAS CLAVE: *Convenio arbitral.- Autonomía del convenio.- Accesoriedad*

del convenio.- Relatividad del convenio.- Eficacia frente a terceros del convenio.

ABSTRACT: *The intention of the parties is the ultimate source of arbitration and is manifested in the arbitration agreement, which is a contract and, as such, binds only the parties to it. However, this principle (privity of contract) is not absolute. The jurisprudence (case law) has generally qualified its extent (with reference to contracts in general), and exceptions thereto which courts have recognized are similar to those that have been recognized by certain prestigious arbitral institutions, as well as by certain legislative frameworks, such as Peru's, which, in some cases, specifically acknowledge the effectiveness*

(*) Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad de Alcalá de Henares.

of arbitration agreements against third parties.

KEY WORDS: *Arbitration agreement.- Autonomy of the agreement.- Incidental nature of the agreement.- Privity of the agreement.- Effectiveness of agreement against third parties.*

1. LA RELEVANCIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL ARBITRAJE

El arbitraje es una alternativa heterocompositiva a la solución jurisdiccional de los conflictos¹, fundada en la voluntad de las partes, que deciden eludir la intervención jurisdiccional y

confiar la decisión a un tercero, no juez, cuya resolución, que puede ser de derecho (sujeta a la ley) o de equidad (dictada en conciencia), aceptan previamente². Y su conformidad con la Constitución ha sido resaltada tanto por el Tribunal Constitucional³ como por el Tribunal Supremo: “El artículo 24.1 CE... se limita a señalar el derecho que todo ciudadano tiene a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, mas no impide la igualmente constitucional facultad de optar para dicha tutela al cauce extrajudicial –arbitraje en este caso– como aquí han hecho”⁴.

La consecuencia inmediata de esta relevancia de la voluntad es la

¹ Surgidos en materias libremente disponibles: “El arbitraje –ha dicho el ATC de 259/1993, de 20 de julio– sólo llega hasta donde alcanza la libertad, que es su fundamento y motor. Por ello, quedan extramuros de su ámbito aquellas cuestiones sobre las cuales los interesados carezcan de poder de disposición”.

² “La autonomía de la voluntad de las partes –de todas las partes– constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral” (STC 75/1996, de 30 abril). La relevancia de la voluntad se traduce en el carácter facultativo del arbitraje, que es siempre una alternativa que las partes eligen libremente y de mutuo acuerdo frente a la solución jurisdiccional de los conflictos privados (cfr. SSTC 174/1995, de 23 noviembre y 75/1996, citada). Pero una vez elegida, obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los Tribunales conocer las controversias sometidas a arbitraje. Dicho con otras palabras, realizada la opción por el arbitraje, la intervención judicial queda excluida, aunque con las excepciones legalmente previstas; y la Ley garantiza esta exclusión con dos medidas: la declinatoria de jurisdicción y el reconocimiento al laudo firme de la eficacia de cosa juzgada.

³ Cfr. la STC 176/1996, de 11 noviembre, con cita de otras. En el supuesto de hecho resuelto por esta sentencia, la queja del recurrente en amparo se basaba en que el órgano jurisdiccional no había examinado, en el cauce del recurso contra el laudo arbitral, el fondo del asunto debatido ante el árbitro. La respuesta del Tribunal Constitucional es la siguiente: “Tal planteamiento, sin embargo, no puede ser compartido, ya que supondría tanto como privar al arbitraje, cuya licitud constitucional hemos declarado reiteradamente, de su función como medio heterónomo 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. 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”. En la misma idea de que el sometimiento de la cuestión litigiosa al arbitraje no afecta (negativamente) al derecho a la tutela judicial insiste también la STC 352/2006, de 14 de diciembre de 2006.

⁴ STS 9 de octubre de 1989 (RJ 1989/6899).

inconstitucionalidad de cualquier sistema de sometimiento *ope legis* a un determinado arbitraje. Así fue declarado expresamente por la STC 174/1995, que consideró contrario a la Constitución española el primer párrafo del artículo 38.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT), que en su redacción originaria remitía a las partes al arbitraje cuando la cuantía del conflicto no excedía del límite fijado por la norma⁵. Porque, como declaró la STC 75/1996, salvo que la parte “así lo haya aceptado voluntariamente, no se le puede impedir que sea precisamente un órgano judicial quien conozca de las pretensiones que formule en orden a su defensa, vulnerándose de otra manera su derecho (constitucional) a la tutela judicial efectiva”.

Sin embargo, no me parece que la voluntad de las partes de someterse al

arbitraje (o si se prefiere, la de excluir la intervención de los tribunales) deba manifestarse de forma expresa. Ciertamente ha sido discutida la aplicación al convenio arbitral de la doctrina elaborada en torno a las formas de manifestarse la declaración de voluntad en qué consiste el consentimiento. En especial, se ha cuestionado que, junto con el consentimiento expreso al que parece referirse el art. 9.1 de la Ley española de Arbitraje⁶, sea admisible también el tácito, a partir de actos concluyentes (*facta concludentia*) de la parte. Así, a juicio de REGLERO CAMPOS, es “claro que tal renuncia (a la vía judicial) debe hacerse de forma expresa e inequívoca, de tal manera que la voluntad de someterse a arbitraje no podrá inferirse de los actos de las partes”⁷. Sin embargo, no me parece que esta conclusión sea válida bajo la normativa vigente, siquiera sea porque, al disponer el artículo

⁵ Dicho precepto establecía literalmente: “Siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 500.000 pesetas, las partes someterán al arbitraje de las Juntas cualquier conflicto que surja en relación con el cumplimiento del contrato, salvo pacto expreso en contrario”.

⁶ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

⁷ Y ello porque el arbitraje es “una institución por la cual las partes renuncian a un derecho constitucional fundamental como es el de la tutela efectiva de los jueces y tribunales (artículo 24.1 CE)” (REGLERO CAMPOS, Luis Fernando, *El arbitraje, el convenio arbitral y las causas de nulidad del laudo en la Ley de 5 de diciembre de 1988*, Madrid 1991, p. 83). En este sentido restrictivo se pronuncia también el ATS de 18 abril 2000 (RJ 2000/3239), con cita de otros, dictados todos ellos en un procedimiento de exequátur: “(...) esta Sala, a la hora de concretar el alcance del presupuesto exigido por el referido precepto –puesto en relación con el art. II del Convenio– ante la ausencia de un acuerdo arbitral firmado por las partes, ha atendido no sólo a criterios integradores de índole sistemática, acudiendo incluso a otras normas convencionales cuando fuesen aplicables, como el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961, sino especialmente a criterios de tipo finalista, considerando que el objeto de la norma es verificar la existencia de la voluntad común de las partes dirigida a incluir en el contenido de sus relaciones negociales una cláusula de compromiso o, en general, encaminada a someter a arbitraje los litigios que se susciten con motivo de la ejecución de un determinado negocio jurídico entre ellos; voluntad común que ha de resultar del conjunto de las comunicaciones mantenidas y de las actuaciones llevadas a cabo por una y otra parte de la relación negocial, pero siempre con la obligada precisión de que, sin embargo, no cabe atribuir a estos fines eficacia al silencio o inactividad de aquélla a la que se le hubiera dirigido una oferta que, directa o indirectamente, contenga una cláusula compromisoria”.

9.5 de la Ley de Arbitraje de 2003, con norma tomada (copiada, más bien) de la Ley Modelo (cfr. su artículo 7.5), 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”, está admitiendo que el procedimiento arbitral puede iniciarse mediante demanda y sin la existencia de un previo convenio de sumisión a arbitraje, ya que se admite la validez del creado con posterioridad por la voluntad tácita de la otra parte derivada de su no negación en el escrito de contestación⁸.

También, el Tribunal Constitucional ha sostenido que no es contrario a la Carta Magna hacer derivar la voluntad (tácita) del silencio de las partes. En efecto, a juicio de la STC 352/2006, de 14 de diciembre de 2006, la norma declarada inconstitucional por la sentencia 174/1995, al exigir un pacto expreso para evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, estaba supeditando el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de una de las partes al consentimiento de la otra” y este “tener que contar con el consentimiento de la parte contraria para ejercer ante un órgano judicial una pretensión frente a ella quebrantaba “la esencia misma de la tutela

judicial”, vulnerando así las exigencias del artículo 24.1 de la Constitución en relación con el artículo 117.3. En cambio, la nueva redacción del precepto por la Ley 29/2003, de 8 de octubre, motivada por la declaración de inconstitucionalidad del precedente⁹, permite evitar el arbitraje y acceder a la vía judicial, ejercitando pretensiones frente a la otra parte, por la mera declaración unilateral del interesado, sin necesidad de pacto y de consentimiento de la otra parte: “la consecuencia jurídica cuestionada –sometimiento al arbitraje–, en cuanto puede ser excluida por la declaración de una sola de las partes, cuya formulación, además, puede producirse incluso después de la celebración del contrato, no resulta desproporcionada. Al sostener el órgano judicial promotor de la cuestión (la cuestión de inconstitucionalidad que resuelve la sentencia que analizamos) que la renuncia a la jurisdicción precisa del conocimiento y voluntad “expresa”, está elevando a parámetro constitucional lo que no es más que un legítimo y razonable criterio judicial de interpretación de la voluntad de las partes *lege silente*, pero que no puede regir cuando, con toda claridad, existe una determinación expresa del legislador que atribuye valor declarativo

⁸ Resulta claro el paralelismo con la competencia territorial (o con la competencia judicial internacional dispositiva), en la que el artículo 56 de la Ley de Enjuiciamiento Civil prevé como criterio de determinación, junto a la sumisión expresa de las partes, la sumisión tácita que se entenderá producida, para el demandante, “por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda...”, y para el demandado, “por el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria” (es decir, discutir la competencia del juez elegido por el actor).

⁹ Dispone ahora el artículo 38.1, III de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres: “Se presumirá que existe el referido acuerdo de sometimiento al arbitraje de las juntas siempre que la cuantía de la controversia no exceda de 6.000 euros y ninguna de las partes intervinientes en el contrato hubiera manifestado expresamente a la otra su voluntad en contra antes del momento en que se inicie o debiera haberse iniciado la realización del servicio o actividad contratado”.

al silencio. Porque no existe precepto o principio constitucional que impida al legislador otorgar al simple silencio valor y significado como declaración de voluntad”.

Incluso es posible que la vinculación al convenio arbitral de una de las partes del conflicto tenga su origen en un previo pacto de la misma con un tercero o en la aceptación por ella de determinadas condiciones. Es el supuesto contemplado por la SAP Madrid de 29 junio 2005 (AC 2005/1547): “Cuando el Plan de Actuaciones declara que Sogecable “...ofrecerá a los terceros con los que contrate en el marco del cumplimiento de dichas condiciones, la inclusión en sus respectivos contratos de una cláusula de arbitraje para la resolución de los conflictos...”, describe un compromiso de arbitraje vinculante para Sogecable, y opcional para el tercero (que, en este caso aun, ha aceptado y ejecutado). Y no, como pretende ahora el demandante, una opción voluntaria para la propia Sogecable, supeditada a la posterior formalización de un convenio arbitral firmado en acto único por Sogecable y el tercero. Se aduce en la demanda de anulación que, caso de que Sogecable incurriera en incumplimiento

del sistema arbitral contemplado en el Plan de Actuaciones, habría de responder ante la administración pública (pues ante ésta sí resulta comprometida), pero no se le puede imponer una voluntad arbitral no albergada ni exteriorizada ante el tercero particular. El razonamiento, sin embargo, se sitúa en una fase posterior a la que se examina, pues la voluntad arbitral quedó previamente exteriorizada en el Plan de Actuaciones, y el ulterior procedimiento arbitral se despliega en ejecución de aquella voluntad. No es óbice el hecho de que, en el momento de comprometerse la voluntad arbitral de Sogecable, el tercero (Auna) no estuviera determinado, pues en todo caso los posibles terceros eran determinables”.

2. LA AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL

Esta voluntad de las partes, manifestada de forma expresa o tácita, es la fuente del arbitraje¹⁰ y se plasma en el convenio arbitral, que está sometido a los requisitos generales de la contratación en todo lo no específicamente previsto en la Ley de Arbitraje de 2003 (cfr. Exposición de Motivos, III), que se limita a regular en su artículo 9 los relativos al consentimiento¹¹

¹⁰ La voluntad de las partes, además de dar origen al arbitraje, lo informa a lo largo de todo su desarrollo. Las partes, en el mismo convenio o por medio de acuerdos complementarios, pueden elegir el tipo de arbitraje —*ad hoc* o institucional, de derecho o de equidad—, designar los árbitros y determinar las reglas de procedimiento conforme a las que han de actuar (siempre respetando las garantías mínimas que establece la Ley), fijar el lugar donde se desarrollará la actuación arbitral y el idioma, señalar el plazo dentro del cual ha de dictarse el laudo, etc.

¹¹ La Ley se refiere al consentimiento de los contratantes cuando, en el artículo 9.1 dispone que el convenio “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”. Por supuesto, es aplicable en bloque al convenio arbitral la doctrina de los vicios de consentimiento (arts. 1265 y ss. CC), que pueden ser autónomos o los mismos que afecten al contrato principal, en el caso —que será el más frecuente— de que dicho convenio esté incorporado al mismo como una cláusula o estipulación más.

y a la forma, que debe ser escrita¹². La falta de cualquiera de ellos (previstos y no previstos en la Ley), en cuanto puede incidir en la inexistencia, nulidad o anulabilidad del convenio, está contemplada expresamente como una de las causas (la primera) de anulación del laudo (artículo 41.1, a): “que el convenio arbitral no existe o no es válido”¹³. En particular, la falta de consentimiento de una de las partes, manifestado de forma expresa o tácita, determina la inexistencia del convenio para ella y, por tanto, la inoponibilidad frente a dicha parte de los efectos (procesales) del mismo, excepto en los casos en que quepa sostener que el convenio arbitral es eficaz frente a terceros.

El convenio puede ir incorporado –como una cláusula más– a un contrato principal o ser independiente del mismo (cfr. artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje), pero siempre es autónomo. La autonomía significa que el pacto arbitral tiene un fundamento y una finalidad diferentes de los que pueda tener el contrato principal en el que va inserto: “el arbitraje (*rectius*, el convenio) es un contrato independiente (...) distinto de aquél al que formalmente aparece unido, de suerte que estamos en

presencia tan sólo de una documentación única para dos distintos contratos, que gozan de propia autonomía, aun cuando exista entre ellos una estrecha relación” (SAP Vizcaya de 11 marzo 1993, AC 1993/416).

En consecuencia, puede aplicarse al convenio arbitral una normativa diferente de la que regula el contrato base (cfr. artículo 9.6 de la Ley): “La completa autonomía de la cláusula compromisoria del arbitraje exige una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento que ha de regirla; de manera que, si bien el contrato de base puede quedar sometido a un ordenamiento jurídico, otro distinto será el aplicable en muchos casos para regir la validez y los efectos de la cláusula compromisoria de arbitraje”¹⁴. Y como corolario de lo anterior, “la nulidad de un contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio” a él incorporado (artículo 22.1). Lo cual supone que la eficacia del pacto arbitral se extiende al enjuiciamiento por los árbitros de la validez o nulidad del contrato principal; o dicho con otras palabras, que “los árbitros

¹² Aunque, en palabras también de la Exposición de Motivos (III), se refuerza el criterio anti-formalista, que es el recogido en el artículo 7 de la Ley Modelo en la que se inspira.

¹³ Cuando el arbitraje sea internacional, “el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español” (art. 9.6). Con la fijación de estos criterios, principal y supletorios, para la determinación de la ley aplicable se opta, como dice la Exposición de Motivos, por el principio de conservación o criterio más favorable a la validez del convenio arbitral.

¹⁴ GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”. En: *Anuario de Derecho Internacional*, 1975, p. 7. Y esto que se afirma del convenio en el arbitraje internacional, es perfectamente aplicable al interno. Así, por ejemplo, una puede ser la norma que regule el requisito de forma del contrato de fondo y otra la que regule la forma del convenio arbitral. Un convenio arbitral inserto en un documento privado, cuando la ley exige forma solemne (escritura pública) para el contrato principal, es, a mi juicio, válido y eficaz y atribuye jurisdicción a los árbitros para decidir sobre su validez.

estarán facultados para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral” (artículo 22.1 LA); y que, por tanto, no puede negársele tal validez y eficacia haciendo supuesto de la cuestión y negando eficacia al contrato (cfr. STS 28 abril 1994, RJ 1994/2975). Por eso declaró la SAP Álava de 16 de febrero de 1993 (AC 1993/97) que “aun impugnándose el convenio arbitral conjuntamente con todo el contrato en el que se estipuló como accesoria esa fórmula de solución extrajudicial de conflictos, el artículo 8 de la Ley de Arbitraje (de 1988, artículo 22.1 de la actual) dispone que la nulidad del contrato no llevará consigo de modo necesario la del convenio arbitral accesorio”.

Como ha dicho ALBALADEJO, la doctrina de la autonomía del convenio arbitral ha surgido porque se intenta salvar el tal pacto arbitral para que, en virtud de él, se pueda juzgar de la validez o no del contrato arbitrable¹⁵. Y en el mismo sentido se pronuncia la SAP de Barcelona de 7 junio 1996 (“Boletín del Tribunal Arbitral de Barcelona”, nº 8, pp. 59 y ss.): el principio de que la nulidad del contrato no determina la automática falta de validez de la cláusula de arbitraje que está inserta en el mismo “esta tomado del derecho norteamericano, en el que la *severability doctrine* tiene precisamente como finalidad empírica evitar que una de las partes pueda impedir el arbitraje a medio de la simple

alegación de la nulidad del contrato, así como permitir que, declarada la nulidad contractual, pueda someterse a arbitraje la liquidación de la relación negocial”.

3. LA NATURALEZA ACCESORIA DEL CONVENIO ARBITRAL

No obstante, la autonomía del convenio arbitral no se opone a la naturaleza esencialmente accesoria del mismo, en especial cuando se incorpora como una cláusula más a un contrato principal, porque no cabe duda de que “entre esos dos negocios jurídicos existe una ligazón que determina una conexión entre ellos. Conexión que conlleva cierta propagación de la nulidad entre ambos negocios jurídicos”¹⁶. Una cosa es afirmar que ambos son contratos diferentes y, por tanto, que se pueden ver afectados por causas de nulidad o anulabilidad distintas y no comunicables y otra generalizar la afirmación de que la nulidad del contrato principal no afecta al convenio arbitral, porque puede haber causas que afecten al contrato en su conjunto. La cuestión fundamental es precisar cuáles son estos supuestos y, como ha dicho la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid últimamente citada, el problema no se plantea tanto “en el plano de la voluntad de las partes cuanto en el de los hechos, es decir, en el de aquellas circunstancias fácticas que van a determinar de forma simultánea la nulidad de ambos negocios

¹⁵ Cfr.: ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “El artículo 8 de la nueva Ley de Arbitraje”. En: *Actualidad Civil*, 1990. Nº 5, 1990; *passim*. Estas palabras hacían referencia a la Ley española de Arbitraje de 1988, pero son aplicable a la actualmente vigente de 2003, que no ha introducido ninguna modificación en este punto; al contrario, ha reforzado la autonomía del convenio arbitral.

¹⁶ “SAP Madrid de 7 noviembre 1995”. En: *Revista General del Derecho*, 1996, pp. 821-822.

jurídicos”. Y este problema sólo puede encontrar adecuada respuesta en cada caso concreto.

La citada SAP de Madrid de 7 noviembre 1995 señala, sin embargo, que apriorísticamente puede partirse de las siguientes premisas: “En cuanto al consentimiento, se trata de dos consentimientos diferenciables, por lo que bastará determinar si las partes tienen la capacidad exigida por el ordenamiento jurídico para cada uno de los tipos contractuales. En los casos de representación, para no incurrir en el supuesto del artículo 1259 Código Civil, el representante deberá ostentar un poder que le autorice a celebrar los dos tipos de contratos; los supuestos de error (artículo 1266 Código Civil) parecen afectar exclusivamente al llamado contrato principal. Por el contrario, la llamada violencia o intimidación (artículo 1267 Código Civil) abarcará a ambos contratos. Más dudoso se presenta el caso de dolo, se puede afirmar que el contrato que sin maquinaciones insidiosas no hubiera hecho uno de los contratantes (artículo 1269 Código Civil), es el llamado contrato principal, siempre que tales maquinaciones insidiosas no se hubieran dirigido también al contrato arbitral. Los supuestos de existencia o determinación

del objeto (artículo 1261, 2º Código Civil) del llamado contrato principal no afectarán al convenio arbitral: en el caso de que exija para el contrato principal una forma esencial, resulta claro que el convenio arbitral resultará válido si cumple los requisitos del artículo 6 LA (artículo 9 de la Ley actual). Y muy dudosos se presentan los supuestos de ilicitud del contrato principal, tanto por tener una causa ilícita (artículo 1275 Código Civil), como por exceder los límites de la autonomía de la voluntad (artículos. 6, 3º y 1255 Código Civil). Ningún problema plantea la nulidad del contrato principal y la validez del convenio arbitral cuando su objeto verse sobre relaciones jurídicas que no sean nulas, pero cuando su único objeto sea la relación jurídica nula se ha sostenido por algún sector de la doctrina que la controversia a decidir por el árbitro no puede surgir de la nada, de la inexistencia de lo que carece de efectos jurídicos, lo que se rechaza por otros autores quienes ponen de manifiesto que los razonamientos puramente formales son a veces engañosos y así se puede afirmar que un contrato nulo sí tiene efectos jurídicos, no sólo los de generar un pleito judicial o un arbitraje, sino la restitución de las prestaciones y los daños y perjuicios correspondientes por *culpa in contrahendo*”¹⁷.

¹⁷ En parecidos términos ha dicho la SAP Madrid, Sección 10ª, de 26 octubre 2007 (JUR 2008/21269) que la autonomía del convenio arbitral “no quiere decir, naturalmente, que el convenio mismo esté a salvo de cualquier vicio de nulidad, sino únicamente de la que derivaría de modo reflejo (y si el propio convenio arbitral no es nulo por otra causa) de la nulidad del contrato en que aquél se inserta. Según la causa de nulidad de que se trate, es muy probable que la nulidad del contrato suponga a la vez la del convenio arbitral, cuando éste sea una cláusula de aquél (piénsese, por ejemplo, en la nulidad por vicios del consentimiento; no así, necesariamente, en caso de nulidad por infracción de prohibición legal). Más fácilmente concebible será la subsistencia del convenio si éste figura en acuerdo independiente, aunque se haya objetado que, supuesta la nulidad del contrato de referencia, mal puede suscitarse a partir de él controversia alguna arbitrable: lo que tiene buen sentido a partir de una nulidad declarada, pero no si lo controvertido es la nulidad misma, que habría de discernirse en el arbitraje convenido”.

En cualquier caso, la consagración legal del principio de separabilidad del convenio arbitral (cfr. artículo 22.1 de la Ley de Arbitraje) no obsta a esta accesoriedad sustancial, porque el convenio sólo se entiende en función de una controversia presente o futura, relativa a una relación jurídica determinada. Como ha dicho ALBALADEJO¹⁸, “una cosa accesorio no puede sino depender de la principal. Luego si el pacto de arbitraje es accesorio de las posibles discrepancias que surjan entre las partes de un contrato principal o contrato arbitrable, siendo nulo éste, pierde aquél su razón de ser, porque no habrá discrepancias posibles, y así no habrá nada que arbitrar. Pero no es que, siguiendo la terminología del artículo, la nulidad del contrato lleve entonces consigo la nulidad del contrato arbitral accesorio, sino que, aun siendo válido éste, la nulidad del principal le hace inútil o inoperante”. Salvo, por supuesto, si la discrepancia se refiera a la validez o nulidad del contrato, en cuyo caso, el pacto arbitral será plenamente operativo.

4. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL Y SUS EXCEPCIONES

4.1. Introducción

Según el artículo 11.1 de la Ley de Arbitraje, “el convenio arbitral obliga a

las partes a cumplir lo estipulado (*eficacia positiva*) e impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria (*eficacia negativa*)”. Al disciplinar la eficacia positiva, el precepto se limita a transcribir una consecuencia de lo dispuesto, con carácter general para todos los contratos, por el artículo 1091 del Código Civil: el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado porque es un contrato y las obligaciones que nacen de los contratos—dice el citado precepto— “tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben cumplirse a tenor de los mismos”. Dicho con palabras de nuestro Tribunal Supremo, “instaurado el arbitraje por la vía contractual, el negocio jurídico que lo contiene obliga a las partes a pasar por lo estipulado de acuerdo con las normas generales del derecho de obligaciones” (STS 25 de mayo de 1979, RJ 1979/1894)¹⁹.

Entre estas normas generales se encuentra el principio de relatividad de los contratos previsto en el artículo 1257 del Código Civil español: el convenio arbitral, como contrato que es, sólo vincula a las partes que lo concertaron y que, por tanto, manifestaron en él su voluntad de someterse al arbitraje, y no puede extenderse a personas ni a cuestiones ajenas al pacto²⁰. Sin embargo, como

¹⁸ ALBALADEJO GARCIA, Manuel. “El arbitraje testamentario”. En: *Actualidad Civil*. N° 87, 1990 (n° 6).

¹⁹ Además, si se parte de la naturaleza negocial del arbitraje, por lo menos en su origen, es claro que si el convenio arbitral obliga a las partes a estar y pasar por lo estipulado de acuerdo con las reglas generales de la contratación, del mismo modo serán aplicables las reglas legales sobre interpretación en materia contractual previstas en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil.

²⁰ Cfr. la STS de 28 de mayo de 1990 (RJ 1990/4084). Dice la citada sentencia, dictada bajo la vigencia de la Ley de Arbitraje de 1953: “no siendo el señor R. más que un mandatario en

vamos a ver, este principio no es absoluto; la jurisprudencia española ha matizado su alcance con carácter general (con referencia a la generalidad de los contratos) y las excepciones al mismo que ha apreciado son semejantes a las que han tenido en cuenta algunas instituciones arbitrales de prestigio, y también alguna legislación, como la peruana a la que luego me refiero, que se han pronunciado expresamente sobre la eficacia frente a terceros en algunos casos del convenio arbitral.

En tales supuestos se plantea si los terceros, ajenos al contrato, pero que se pueden ver afectados o vinculados de una forma más o menos intensa por las estipulaciones del mismo, están vinculados también por el convenio arbitral (que no han suscrito) y, en consecuencia, se encuentran sometidos al arbitraje, con todas sus consecuencias, para la solución de las controversias derivadas del referido contrato en las que se puedan ver involucrados. El problema surge cuando se pretende hacer valer la eficacia procesal del convenio por o frente a terceros en principio ajenos al mismo tanto por vía de acción (por ejemplo, demanda arbitral por o frente a quien no es parte en el convenio) como de excepción (demanda judicial frente a varios,

de los que sólo uno es parte en el convenio arbitral y plantea la declinatoria).

Los casos que pueden plantearse son variados²¹ y la respuesta afirmativa o negativa (a favor o en contra de la vinculación de los terceros por el convenio) dependerá de que, en el caso, pueda entenderse o no que el tercero ha prestado su consentimiento a un convenio arbitral que no ha suscrito. En las páginas que siguen me detendré en el análisis de algunos de estos supuestos a la luz de la jurisprudencia española.

4.2. Los supuestos de pluralidad de demandados con sometimiento a diversidad de fueros (arbitral y judicial) y la falta de fuerza atractiva del convenio arbitral

El primer supuesto que quiero analizar es el de una demanda judicial conjunta frente a dos (o más) personas de las que una sola es parte, junto con el actor, del convenio arbitral y plantea (en tiempo y forma) la declinatoria de jurisdicción por sumisión a arbitraje²². La cuestión será determinar si los efectos del convenio arbitral hechos valer a través de la declinatoria se extienden o no a las

nombre ajeno, los efectos del contrato se produjeron en sus mandantes y, en consecuencia, ninguna contienda sobre su interpretación puede obligar al señor R. en calidad de contratante. Son los vendedores quienes, conforme al art. 1727 CC, deben cumplir las obligaciones contraídas y, en consecuencia, surgida la duda, la formalización del compromiso efectuado por el Juzgado desconociendo quiénes eran las partes que se sometieron a la decisión de los árbitros, incluyendo en la resolución a quien, como el mandatario, no se podía incluir, genera la nulidad del auto y, tras ella, la nulidad del laudo que, aun siendo de equidad, sólo puede afectar a quienes a él se sometieron”.

²¹ Cfr. un amplio resumen de los casos que pueden plantearse en: AGUILAR GRIEDER, Hilda. “La intervención de terceros en el Arbitraje Comercial Internacional”. En: *Anuario de la Facultad de Derecho da Universidade da Coruña*. Vol. 5, 2001, pp. 57-73.

²² Artículo 39 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “El demandado podrá denunciar mediante declinatoria (...) la falta de jurisdicción (...) por haberse sometido a arbitraje la controversia”.

otras partes demandadas y no sometidas expresamente al convenio. A mi juicio, hay que distinguir según nos encontremos ante un litisconsorcio voluntario o necesario:

Cuando se trata de un litisconsorcio pasivo necesario, la ley (*litisconsorcio necesario propio*) o la jurisprudencia (*litisconsorcio necesario impropio*) imponen que sean varios los actores o (en el ejemplo) los demandados²³. En todos los casos el fundamento de esta institución hay que buscarlo en el derecho material, que regula relaciones jurídicas sustantivas únicas con pluralidad de sujetos²⁴. La Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a este fundamento cuando dispone en su artículo 12.2: “Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”. Y la consecuencia necesaria es la unidad de la resolución que se dicte, por lo que no será posible dividir la continencia de la causa.

En estos casos la doctrina jurisprudencial priva al convenio arbitral de fuerza atractiva y residencia ambas acciones en la vía judicial. Así, por ejemplo, la SAP Gerona de 14 febrero 2002 (JUR 2002/125253): “mientras uno de los codemandados acepta el sometimiento a la jurisdicción (...), la otra parte demandada pretende hacer valer la sumisión a arbitraje, hallándonos así ante un procedimiento en que parte actora y uno de los codemandados defienden la competencia jurisdiccional para resolver el litigio planteado, y el otro codemandado invoca la cláusula de sumisión a arbitraje. Ante tal situación de discrepancia y la inviabilidad de dividir la continencia, ha de tenerse en cuenta que el arbitraje es un sistema alternativo de dirimencia de conflictos, frente al modo general o común que se desarrolla en el ámbito jurisdiccional, ante los jueces y tribunales (Poder Judicial), por lo que en el caso a debate el procedimiento se siguió acertadamente ante los Tribunales ordinarios”. Dicho con palabras de la SAP Barcelona de 1 febrero 2003 (JUR 2004/14182): “Se trata, en efecto, de una cuestión en la que entran en juego, por

²³ En nuestro ordenamiento la regla general es la existencia de estas situaciones en el lado pasivo de la relación (*litisconsorcio pasivo necesario*). La jurisprudencia rechaza la existencia de supuestos de litisconsorcio activo necesario. En efecto, “como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni sólo ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino de forma conjunta y mancomunada con otro sujeto se traducirá en una falta de legitimación activa, que, como tal, carecería de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria, pero nunca a una apreciación de la inexistente –legal y jurisprudencialmente– excepción de litisconsorcio activo necesario” (STS de 10 noviembre 1994, RJ 1994/8482, que cita las SSTs de 10 noviembre 1992, RJ 1992/8960, 3 junio 1993, RJ 1993/4382, y especialmente la de 4 julio 1994, RJ 1994/5547). Por lo demás, no me parece que esta doctrina resulte alterada por la previsión en el art. 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de supuestos de acumulación necesaria de acciones, que se refieren a un fenómeno diferente.

²⁴ “El litisconsorcio reviste carácter de necesario (...) cuando la inescindibilidad del tema litigioso impide que se pueda, en términos jurídicos, dictar sentencia acerca de la cuestión de fondo, por indisponibilidad parcial del sujeto o sujetos demandados sobre aquélla” (STS de 29 de enero de 1996, RJ 1996/736).

una parte, la necesidad de no dividir la continencia de la causa para evitar la fragmentación del pleito y generar la posibilidad de resoluciones contradictorias (*cuestiones de litisconsorcio pasivo necesario*), y por otra cuestiones relativas a la naturaleza especial del arbitraje, como mecanismo para solución de controversias de naturaleza especial que tiene como presupuesto inexcusable la voluntad expresa de las partes de someterse al mismo en virtud de la autonomía de la voluntad, y –dada la naturaleza contractual de dicha sumisión– la imposibilidad de vincular a un tercero que no fue parte en el pacto de sumisión a arbitraje (*cuestiones de relatividad del pacto de sumisión a arbitraje*)”.

Por el contrario, en los casos de litisconsorcio (pasivo) voluntario la demanda conjunta es en realidad una acumulación de acciones permitida por la ley, que se fundamenta en la voluntad exclusiva de la parte actora. Ciertamente el artículo 12.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que las acciones que se acumulan frente a diversos sujetos provengan de un mismo título o causa de pedir²⁵, pero, a pesar de la conexión entre ellas, o precisamente por ella, no es imposible que dichas acciones se resuelvan por separado, por lo que, en principio, ningún obstáculo hay para

dividir la continencia de la causa y remitir una de ellas al arbitraje.

Habría que preguntarse si, en estos casos, el respeto por la autonomía de la voluntad de las partes que optaron por el arbitraje no debe prevalecer sobre la economía procesal o el riesgo de obtener resoluciones contradictorias, que son los riesgos que trata de conjurar la institución del litisconsorcio voluntario. Y a partir de tal consideración, someter a crítica la doctrina contenida, por ejemplo, en el AAP Las Palmas de 18.3.1999 (AC 1999/3923)²⁶, que generaliza para todos los supuestos de acumulación la doctrina que antes considerábamos aplicable al litisconsorcio necesario: “cuando una de las partes que celebraron un contrato en el que se contiene una cláusula de arbitraje interpone demanda no sólo contra la otra parte de ese contrato, sino también contra un tercero ajeno al mismo, la solución no es diseccionar el pleito, derivando una parte de éste al arbitraje –la que afecta a los contratantes– y manteniendo el litigio en el ámbito jurisdiccional para el otro demandado, pues ello comporta un proceder similar al de romper el litisconsorcio pasivo necesario o dividir la “continencia de la causa”, consistente ésta, como expresa Manresa, en ‘la unidad y conexión que deben existir en todo juicio

²⁵ Con el término “título” se quiere aludir a la relación jurídica (acto o negocio) y con el de “causa de pedir” a los hechos productores de efectos jurídicos y, según la STS de 7 de marzo de 1988 (RJ 1988/1603), basta que concurra en uno de los dos elementos “habida cuenta de la partícula o empleada por el legislador como disyuntiva”, por lo que es procedente la acumulación cuando las acciones nacen de un mismo supuesto o acaecimiento de hecho (SSTS de 10 de noviembre de 1955, RJ 1955/105, y 27 de noviembre de 1957, RJ 1957/3422).

²⁶ En el mismo sentido se pronuncia la SAP León de 21 febrero 2001 (JUR 2001/137899) “no solo la demandante no es parte en el contrato, sino que existe otros codemandados que tampoco lo son, por lo que la solución no podría ser diseccionar el pleito, derivando a unas de las partes al arbitraje y manteniendo el litigio en el ámbito jurisdiccional para los otros codemandados, pues ello supone dividir la “continencia de la causa”, efecto proscrito que se produciría sin duda de aceptar la tesis del apelante”.

relativo a la acción, a la cosa litigiosa, a la persona del Juez, a la de los litigantes, a los trámites y al fallo definitivo, efecto proscrito que sin duda se produciría de aceptar la solución contenida en el auto apelado, con posibilidad de dos decisiones discrepantes –sentencia y laudo– sobre una misma cuestión planteada en un mismo pleito. Y como por otro lado, según hemos visto, el arbitraje constituye un modo especial o particular de resolver conflictos de la naturaleza del que aquí se plantea, frente al general o común, seguido ante los órganos del Poder Judicial, conclusión necesaria es que en el presente caso el procedimiento ha de tramitarse por las normas del juicio de menor cuantía para todas las partes litigantes”.

En cualquier caso, la defensa de la opción por la separabilidad de las acciones, y el sometimiento de cada una de ellas a su fuero (arbitral o judicial) propio, debe tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre cuando ambas se ejercitan en procesos diferentes dentro de la vía judicial, no podrá subsanarse el riesgo que antes veíamos *a posteriori*, a través del expediente de la acumulación de procesos. Por ello, entiendo que dicha opción (por la separabilidad de las acciones) debe excluirse por lo menos en los casos de conexión cualificada, como pueden ser los de prejudicialidad. En tal sentido se pronunció la SAP Barcelona de 1 febrero 2003 (JUR 2004/14182), citada anteriormente: “(...) [dado que] no se ha denunciado ni existe indebida acumulación de acciones, no cabe la solución de escindir el pleito tal como ha sido configurado subjetiva y objetivamente, debiendo mantenerse el litigio en el ámbito jurisdiccional so pena de dividir la continencia de la causa, que se

produciría de derivar hacia la sede arbitral la declaración de la existencia de la deuda social, que es presupuesto de la pretensión dirigida frente al administrador”.

En conclusión, pues, en ningún caso puede hablarse de la fuerza atractiva del convenio (y de la jurisdicción) arbitral. La fuerza atractiva se reconoce a la vía judicial y, a lo sumo, podrá hablarse en algunos casos de división de la continencia de la causa y sometimiento de cada una de las acciones acumuladas a su fuero propio (judicial o arbitral).

4.3. La posibilidad de entender que el tercero queda vinculado por el convenio por su aceptación tácita

En segundo lugar, habrá que analizar los casos en que el actor inicia un procedimiento arbitral frente a dos (o más) personas de las que sólo una es parte del convenio. La cuestión entonces radica en ver si el convenio arbitral es o no eficaz (procesalmente hablando) frente a los terceros demandados que no lo suscribieron y si quedan o no sometidos al procedimiento arbitral y al laudo que en él se dicte. En estos casos hay que distinguir supuestos diferentes, que analizaré en éste y en los siguientes epígrafes del presente trabajo.

De entrada, y como ya decía al comienzo de estas páginas al hablar de la relevancia de la voluntad de las partes en el arbitraje, con independencia de cualquier otra consideración sobre la eficacia del convenio arbitral, parece que la no alegación (en el procedimiento arbitral) por el tercero no vinculado por el convenio de la falta de competencia de los árbitros

(por inexistencia del convenio) puede ser interpretada como una aceptación tácita del mismo.

Dice la Ley de Arbitraje que esta excepción (de falta de competencia del árbitro) será planteada por el demandado “a lo más tardar” en su escrito de contestación, sin que el hecho de haber designado o participado en el nombramiento de los árbitros impida oponerla. El artículo 22.3 de la Ley de Arbitraje faculta a los árbitros para decidir esta excepción con carácter previo o junto con las demás cuestiones sometidas a su decisión relativas al fondo del asunto y dispone que la decisión arbitral sobre la misma podrá impugnarse mediante el ejercicio de la acción de anulación del laudo, sin que tal ejercicio suspenda el procedimiento arbitral si la decisión arbitral fue desestimatoria y se adoptó con carácter previo²⁷.

Nada dice la Ley interna española acerca de si la no alegación de estas excepciones en el escrito de contestación (o en momento oportuno) impide o no invocar los hechos en que se basan como fundamento de la acción de anulación del laudo. En el sistema de la Ley habrá que tener presente la presunción de renuncia

tácita a las facultades de impugnación prevista en el artículo 6 de la Ley: “Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de esta Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no lo denunciare dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley”. Y a partir de ella será preciso interpretar el régimen de las excepciones previsto en el artículo 22 de la Ley. Esta norma sólo puede referirse a los medios de oposición fundados en defectos subsanables o convalidables. Dentro de ellos se incluyen no sólo los defectos subsanables típicos, sino también la falta de “competencia objetiva” de los árbitros derivada del planteamiento de una controversia no comprendida dentro del convenio arbitral, pero susceptible de ser resuelta mediante arbitraje (cfr. art. 41.1, c), o frente a un sujeto no vinculado por el convenio arbitral, que deberán entenderse sanadas por el consentimiento tácito que se deriva de la falta de denuncia: “cuando la parte que se cree asistida de la causa de falta de competencia objetiva (por esta causa) no la opone al arbitraje en la fase de alegaciones iniciales, está concretando con la otra parte un genuino convenio arbitral

²⁷ El reconocimiento de esta posibilidad de ejercitar la acción de anulación de la resolución arbitral desestimatoria de la excepción dictada con carácter previo (y, por tanto, cuando está pendiente el procedimiento arbitral), constituye una novedad de la Ley y su ámbito, obviamente, es el mismo que el de la acción de anulación del laudo en sentido estricto, por lo que el mismo lo constituirán aquellas excepciones a través de las cuales se denuncian defectos que, de no ser resueltos con carácter previo sino junto con la demás cuestiones relativas al fondo del asunto, podrían fundar el ejercicio de aquélla (la acción de anulación del laudo en sentido estricto); en especial, la inexistencia o nulidad del convenio arbitral (art. 41.1, a) y la falta de competencia de los árbitros por resolver cuestiones no sometidas a su decisión (art. 41.1, c) o por no ser las mismas susceptibles de arbitraje (art. 41.1, e). Este ámbito de la acción de anulación impedirá su ejercicio frente a las resoluciones previas desestimatorias de excepciones procesales no previstas como causas de anulación del laudo en el artículo 41 de la Ley y, con más razón, frente a las que desestimen excepciones previas de carácter material, en el caso de que se admita que tal planteamiento es posible.

que extiende la originaria competencia objetiva a la cuestión que se plantea al árbitro para su decisión” (SAP Madrid de 7 de noviembre de 1995, RGD 1996, p. 820-821)²⁸.

La SAP Madrid, Sección 10^a, de 26 octubre 2007 (JUR 2008/21269), que reproduce la RDGRN de 19 febrero 1998 (RJ 1998/1118), ha precisado esta doctrina: “(...) Como el efecto preclusivo tampoco se previene ahora de manera expresa, hay razón para cuestionarse, como antes, si el silencio en ese momento procesal puede llevar aparejado efecto tan radical como la pérdida de ese motivo de impugnación en fase de anulación del laudo. En rigor, el efecto preclusivo es el que hay que predicar en línea de principio, y ello aun cuando no aparezca reproducido formalmente ahora -salvo en la forma templada del art. 6- aquel mandato del artículo 25.2 de la Ley anterior («los árbitros fijarán a las partes plazos preclusivos para formular alegaciones»): constituye un postulado del arbitraje como proceso, sin el cual sería imposible el desarrollo de una discusión ordenada. Estrechamente relacionado también con el principio dispositivo, el de preclusión comporta la carga de aprovechar (v la libertad de desaprovechar) las expectativas y oportunidades procesales en el momento para ellas previsto. Si las excepciones atinentes a la existencia o a la validez del convenio arbitral han de oponerse “a

más tardar en el momento de presentar la contestación”, es que no podrán (salvo la demora “justificada” que la propia norma admite) ser opuestas después: ni dentro del mismo procedimiento arbitral, ni tampoco después en fase de anulación del laudo. Con ser ésa la solución en línea de principio, se han de tener en cuenta, sin embargo, algunas precisiones. Primero ha de hacerse referencia separada a la cuestión de la inexistencia del convenio. En relación con ella, la previsión del artículo 22.2 ha de completarse con la que se contiene en el artículo 9.5: “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”. De modo que, en este punto, la imposibilidad de discutir ulteriormente tal existencia, antes aún que derivado de una preclusión, parece el predicado necesario de ese efecto jurídico sustancial. Respecto de la cuestión de la invalidez, la preclusión admite algunos temperamentos. No, por cierto, a base de dar juego aquí a la doctrina del *venire contra factum proprium*, como algunas opiniones han propuesto: la preclusión procesal, ajena a la idea de protección de la confianza, se desenvuelve en un ámbito diferente de la doctrina de los actos propios. Donde se ha de encontrar la clave es, a nuestro juicio, en la disponibilidad o indisponibilidad de la causa de invalidez o, si se quiere, en su renunciabilidad, lo que trae a

²⁸ Esta misma sentencia se refiere al carácter discutible de esta cuestión en la normativa anterior. En ella mantuvo expresamente la posición contraria, por ejemplo, la SAP Madrid de 16 de junio de 1995 (RGD 1995, p. 12.086): “el art. 23 de la Ley de Arbitraje (de 1988) no impide que la falta de alegación de los motivos de que venimos ocupándonos imposibilite luego promover el recurso de anulación, máxime cuando el propio art. 45 no excluye la petición de nulidad del laudo arbitral para el supuesto de que no se hubiese formulado la alegación según el art. 23”.

colación la norma del artículo 6, conforme al cual: “Si una parte, conociendo la infracción de alguna norma dispositiva de la presente Ley o de algún requisito del convenio arbitral, no la denunciase dentro del plazo previsto para ello o, en su defecto, tan pronto como le sea posible, se considerará que renuncia a las facultades de impugnación previstas en esta Ley”. Aun por vía presunta, la privación de la facultad de impugnación no podrá padecerla la parte más que respecto de aquello que ella misma hubiera podido renunciar: es claramente el caso de las acciones de anulabilidad por vicios del consentimiento; no, en cambio, el de una nulidad radical no convalidable (vgr., convenio arbitral viciado de causa ilícita, convenio celebrado por el tutor sin la autorización judicial que exige el art. 271.3º CC)”.

4.4. Los supuestos de extensión legal de la eficacia del convenio

Si el tercero planteó en tiempo y forma la excepción de falta de competencia de los árbitros por inexistencia del convenio, la cuestión a resolver (por el árbitro) será si el referido convenio extiende o no su eficacia frente a terceros.

Según el artículo 1257 del Código Civil español, los efectos del contrato se extienden no sólo a los otorgantes, sino también a los herederos, salvo

que, en cuanto a éstos, “los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza o por pacto, o por disposición de la ley”. La sucesión *mortis causa* se produce *ope legis* y se abre en el momento del fallecimiento del causante: los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones (artículo 661 del Código Civil)²⁹, incluidos los derivados del convenio arbitral.

El referido artículo del Código Civil se refiere sólo a los supuestos de sucesión por causa de muerte. Ciertamente la jurisprudencia española ha dicho que “el principio de la relatividad de los contratos, en cuanto a sus límites subjetivos, ha sido mitigado en su rigidez por la doctrina de esta Sala, al admitir que las obligaciones y los derechos dimanantes de los mismos trasciende a los causahabientes de uno de los contratantes a título particular por actos *inter vivos* que se introducen en la relación jurídica creada mediante negocio posterior celebrado con el primitivo contratante”³⁰. Sin embargo, no me parece que esa doctrina sea aplicable al convenio arbitral incorporado al contrato y que goza de una completa autonomía: la vinculación del tercero (sucesor por acto *inter vivos*) a dicho convenio no sólo exigirá el consentimiento suyo y el del transmitente, sino también el de la otra parte del contrato, manifestado de forma expresa o tácita (cfr. STS de 26 mayo 1995, RJ 1995/4129): “La autonomía

²⁹ Y lo mismo cabe decir de los legatarios respecto al concreto bien de que se trate. En este momento el patrimonio del causante (bienes, derechos y obligaciones) se convierte en herencia yacente, de la que es titular el heredero o la comunidad hereditaria, aunque esta titularidad, meramente interina, sólo se convierte en efectiva si se produce la aceptación, cuyos efectos se retrotraen al momento de la muerte de la persona a quien se sucede.

³⁰ STS de 13 febrero 1997 (RJ 1997/944). Cfr. también la STS de 7 abril 2001 (RJ 2001/2398).

de la cláusula compromisoria determinaría, pues, que no se considerase incluida en el contenido de las facultades o derechos cedidos, lo cual sirve tanto para el caso de que se entienda el negocio de cesión como una cesión de derechos o como una cesión de contrato, exigiéndose siempre el consentimiento del cedido para que pueda hacerse valer el acuerdo de arbitraje por persona distinta de quienes fueron parte en él, es decir, para que opere la cesión de dicho convenio arbitral (...); siquiera “ha de ser dé cuenta de la parte oponente acreditar que de acuerdo con la ley rectora del contrato arbitral, y en su caso, conforme a los usos y prácticas y los precedentes judiciales aplicables, tal cesión fue ineficaz, tanto porque presentaba autonomía respecto de los derechos y facultades cedidos, como porque requería el consentimiento expreso y singular del cedido” (ATS de 20 junio 2000, RJ 2000/4656).

En cambio, la jurisprudencia entiende que el convenio incorporado a unos estatutos sociales es vinculante no sólo para los socios fundadores, sino también para los posteriores. Así, la STS de 9 julio 2007 (RJ 2007/4960) que, remitiéndose a la doctrina establecida tanto por la precedente STS de 18 de abril de 1998 (RJ 1998/2984) como por la RDGRN de 19 febrero de 1998, dice sobre el tema: “(…)

los Estatutos, como negocio constitutivo que tiene su origen en la voluntad de los fundadores, pueden contener un convenio arbitral para la resolución de controversias de carácter social, el cual, manteniendo el carácter de regla accesoria a los estatutos o paraestatutaria, se independiza de la voluntad de los fundadores para pasar a ser una regla orgánica más, y vincular no sólo a los firmantes, sino, mediante su inscripción en el Registro Mercantil, en virtud del principio de publicidad registral, a los socios presentes y futuros, en cuanto constituye uno de los elementos que configuran la posición de socio”.

4.5. La matización del principio de relatividad de los contratos

No se puede desconocer, por otra parte, que el alcance del principio de relatividad contractual ha sido matizado por la jurisprudencia. Como ha dicho la STS de 25 febrero 2004 (RJ 2004/849), “llevada a sus límites extremos tal consideración (el principio de relatividad), se haría una estimación aislada del contrato, lo que supondría olvidar que la determinación de los efectos contractuales se producen en una realidad social impregnada de múltiples relaciones jurídicas, y es entonces cuando surge lo que la doctrina científica moderna denomina la sombra del contrato”³¹. O la

³¹ Y continúa la sentencia: “en el presente caso, del *factum* de la sentencia recurrida se desprende que aunque Carla –parte ahora recurrente– no aparece como arrendataria en el contrato firmado por su esposo José Daniel –parte ahora recurrida–, sí ha tenido una intervención importante en el desarrollo del mismo, por eso no puede extrañar que esté obligada a rendir las cuentas derivadas de dicho contrato con la otra parte arrendadora, como efecto lógico contractual. Y así es, desde el instante mismo que la referida Carla aunque tuviera pactada la separación de bienes con su esposo, que es el que aparece literalmente como arrendatario, con anterioridad a la formalización del contrato, tuvo actuaciones en relación al desarrollo del arrendamiento (...). Después de todo ello, es procedente afirmar que la referida persona era parte arrendataria aunque no figurara como tal en el contrato suscrito, y que por ende está obligada a la rendición de cuentas, sin que por ello sea menoscabado el principio de la relatividad contractual en el sentido que ha sido antedicho al principio”.

STS de 29 diciembre 1998 (RJ 1998/10138): “El mencionado artículo 1257 del Código Civil establece, en principio la norma de la eficacia relativa de los contratos; pero dicha eficacia relativa no puede ni debe entenderse como estimatoria de los contratos como unidades absolutamente estancas, y por ello la doctrina científica moderna, recogida por la jurisprudencia de esta Sala (SS. 3 octubre 1979 [RJ 1979\3236] y 2 noviembre 1981 [RJ 1981\4412], entre otras muchas) reduce la norma antedicha de eficacia relativa de los contratos a la denominada eficacia indirecta de los mismos con respecto a terceros, especialmente en aquellos casos en que los terceros ostentan derechos que de algún modo encuentran su fundamento en anteriores contratos”.

Esta doctrina es aplicable al convenio arbitral y hace referencia a supuestos en los que hay que presumir que se da la condición para que esta eficacia frente a terceros se produzca, a saber, el consentimiento del tercero, tal y como prevé, por ejemplo, la STS de 26 mayo 1995 (RJ 1995/4129): “Según el artículo 1257 del Código Civil, los contratos sólo producen efecto entre los que los otorgan y sus herederos (...), si bien no cabe desconocer que producen efectos reflejos, con eficacia jurídica indirecta para ellos –los terceros– sí los conocen, lo que en aras de la buena fe, le(s) impide celebrar con alguna de las partes otro contrato que resulte incompatible o frustre el fin pretendido con el primer contrato, siendo

de respetar igualmente la apariencia del tráfico jurídico”.

Porque se considera que ha prestado su consentimiento al convenio arbitral, siquiera sea de una forma tácita, carecerá de la condición de tercero el sujeto que intervino en la negociación, celebración y ejecución de un contrato, aunque no lo haya firmado; en la doctrina –sobre todo en el ámbito del arbitraje comercial internacional– se ha abierto paso la idea de que los efectos del convenio arbitral se extienden a todas las partes implicadas en la ejecución del contrato porque, por su situación y actividades, cabe presumir que tuvieron conocimiento de la existencia y contenido del convenio³². Y esta idea ha calado en algunas legislaciones; por ejemplo en la peruana, según ya antes decía, en la que el artículo 14 de la nueva Ley de Arbitraje de 2008 dispone: “El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos”.

En los casos de acción directa contra el fabricante prevista en la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por

³² Cfr., en la doctrina española: AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La Extensión de la Cláusula Arbitral a los Componentes de un Grupo de Sociedades en el Arbitraje Comercial Internacional*. Santiago de Compostela: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2001. También: CREMADES, Bernardo M^a. “El grupo de empresas y su tratamiento en el arbitraje comercial internacional”. En: *El arbitraje en el Derecho latinoamericano y español*. Lima, 1989, pp. 295-313.

daños causados por productos defectuosos³³, aquél (el fabricante demandado o el dueño de la obra) no puede invocar la falta de jurisdicción con fundamento en el convenio arbitral pactado con el intermediario (o con el contratista), salvo que el subadquirente (o subcontratista) haya prestado su consentimiento al mismo; en cambio, sí podrá hacerlo, aunque tenga la condición de tercero, si acordó con dicho intermediario (o contratista) que éste incluyera una cláusula arbitral en los contratos a celebrar con terceros, para solucionar las controversias derivadas de la acción directa que éstos (los terceros) puedan tener contra el estipulante originario, porque en este caso se presume que prestó su consentimiento al arbitraje³⁴.

La jurisprudencia española ha negado tradicionalmente la eficacia frente a terceros del convenio arbitral incluso en casos de subrogación legal, como el de las compañías de seguros que, por el pago

de la indemnización, se subrogan en la posición del asegurado³⁵. Aunque algunos pronunciamientos parecen mantener una postura diferente; por ejemplo, la STS de 30 diciembre 1992 (RJ 1992/10566) apunta en tal dirección cuando, para excluir a la compañía aseguradora de la vinculación al arbitraje, no se limita a invocar que no había suscrito el convenio, sino que alega también la falta de aceptación del mismo por la empresa asegurada. Y esta última doctrina parece que debe imponerse por la previsión legal de la subrogación del asegurador en la generalidad de los contratos de seguro. Así, según el artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro, en el seguro de daños: “El asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización”³⁶. Y, como ha dicho

³³ Situación semejante se da en los casos de acción directa del subcontratista contra el dueño de la obra, previstos en el artículo 1597 del Código Civil: “el artículo 1597 del Código Civil otorga al subcontratista acción contra el dueño de la obra. No se trata precisamente de acción sustitutiva, sino directa, que excepciona al principio de la relatividad de los contratos proclamado en el artículo 1257 del Código Civil (...), operando dentro de la limitación cuantitativa que el precepto establece, sin necesidad de tener que reclamar previamente al contratista (...)” (STS de 16 marzo 1998, RJ 1998/10138).

³⁴ Cfr.: GRAUER GODOY, Asaf. “La cláusula arbitral en cadena”. En: *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*. nº17, 2005, pp. 419-432.

³⁵ En tal sentido se pronunció, por ejemplo, la SAP León de 21 de febrero de 2001 (JUR 2001/137899): “En cuanto la excepción de falta de jurisdicción por sumisión de la cuestión litigiosa al arbitraje; debemos decir que entre las partes litigantes figura como actora la entidad Zurich, que no fue parte en el contrato en el que se pactó la cláusula que se invoca en el recurso, lo que conforme a lo dispuesto en el artículo 1257 párrafo primero del Código Civil, significa que en manera alguna puede vincular el contrato al que se refiere el apelante a la aseguradora, pero además, el modo general de resolver los conflictos, como el surgido entre las partes en la vía judicial, según expresamente establece el art. 24.1 de la Constitución, por tanto la utilización del arbitraje como modo alternativo de resolver tales conflictos, exige un acuerdo previo entre las partes “convenio arbitral”, sólo a ellas vincula y además únicamente si se ajusta a las prescripciones de la misma”.

³⁶ En el mismo sentido el 780 Código de Comercio para el seguro marítimo: “Pagada por el asegurador la cantidad asegurada, se subrogará en el lugar del asegurado para todos los derechos y acciones que correspondan contra los que por malicia o culpa causaron la pérdida de los efectos asegurados”. En cambio, la subrogación se excluye en el seguro de personas (artículo 82 de la Ley de Contratos de Seguro).

H. AGUILAR GRIEBER: “La subrogación consiste en una novación modificativa por cambio de la persona del acreedor, manteniéndose por tanto la misma obligación, lo cual implica que el vínculo no varíe. Constituye otro argumento en favor de dicha oponibilidad el hecho de que el deudor conserve frente al nuevo acreedor las excepciones que poseyera frente al subrogado. El subrogado sustituye al subrogante por virtud del mecanismo de la subrogación, por lo que sólo puede actuar dentro de los límites prescritos por el contrato que ha sido concluido por el subrogante. Ello supone que quede vinculado por las cláusulas del contrato concluido por el subrogante, incluyendo la cláusula compromisoria (...). Por lo tanto, resulta erróneo afirmar que al asegurador no se le puede oponer la cláusula de sumisión a arbitraje por no haberla suscrito cuando conforme a la ley aplicable al asunto de que se trate se utilice la subrogación legal y no un mero derecho de repetición. En todo caso, la posición del asegurador dependerá de lo dispuesto por la ley rectora del contrato de seguro”³⁷.

4.6. Los supuestos de extensión de la eficacia del convenio por la jurisprudencia

Problemas específicos presentan los supuestos de extensión de la respon-

sabilidad por aplicación de la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas. Podemos preguntarnos si, con fundamento en esta doctrina, se puede involucrar en el arbitraje como parte demandada a un sujeto que no suscribió el convenio arbitral; o si puede plantear declinatoria de jurisdicción el demandado en un procedimiento judicial por entender que el actor, que no fue parte en el convenio arbitral, se encuentra, sin embargo, vinculado por él. Se trata, sin duda, de una cuestión abierta que ha recibido una respuesta dispar de la doctrina científica y en las resoluciones arbitrales.

Habrá que tener en cuenta que ningún obstáculo existe, en principio, para que la demanda arbitral se dirija también frente a quien aparentemente no es parte en la relación jurídica (contrato) controvertida y que si tal vinculación existe o no forma, o puede formar, parte de la cuestión de fondo y debe ser decidida por el árbitro³⁸. Ya vimos anteriormente que, según el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje española, “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”: si ante la afirmación del actor en la demanda de que el demandado está vinculado por el contrato (incluido

³⁷ AGUILAR GRIEBER, Hilda. *La intervención de terceros en el arbitraje comercial internacional*. Op. cit.; pp. 64-65.

³⁸ Los criterios que tendrá en cuenta integran el fondo mismo, el aspecto sustancial, de la doctrina del levantamiento del velo. Deberá tenerse en cuenta que, como ha dicho la STS del 31 de octubre de 1996 (RJ 1996/7768), “dicha operación de levantamiento del velo societario debe utilizarse cuidadosamente y en casos extremos, en otras palabras, cuando no haya más remedio y no puedan esgrimirse otras armas sustantivas y procesales”, de donde se deriva que no puede aplicarse de manera indiscriminada ni de una forma tal que la convierta en la salida más fácil, sino que es una *ultima ratio* que, además, debe de ser suficientemente justificada y razonada, especificando los motivos por los que se cree razonable su utilización en el caso concreto y los extremos en que se considera que se comete un fraude de ley con perjuicio de terceros o se incurre en un claro abuso del derecho, ya que, en caso contrario, se estaría generando inseguridad jurídica.

el convenio arbitral), éste no lo niega, se habrá cerrado el convenio por aceptación tácita y de él nacerá la competencia del árbitro; y por esta razón me parece que es discutible que el árbitro pueda apreciar de oficio la excepción. Si, por el contrario, el demandado lo niega, deberá hacerlo excepcionando la competencia del árbitro por inexistencia del convenio arbitral, pero entonces el árbitro deberá pronunciarse sobre dicha excepción, previamente o en el laudo, debiendo tenerse en cuenta que en tal pronunciamiento están involucradas cuestiones de fondo que deberán ser examinadas, en su caso, a la luz de la prueba practicada. Por una vía o por otra, el tercero queda involucrado en el arbitraje; cuestión diferente es que se le reconozca la posibilidad de discutir la competencia del árbitro utilizando todos los mecanismos que la Ley de Arbitraje pone a su disposición: excepción de falta de competencia, acción de anulación del laudo, e incluso, en su caso, oposición a la ejecución del mismo.

En tal sentido, la SAP Madrid de 17 de noviembre de 2005 rechazó la anulación de un laudo CCI en el que uno de los condenados en el arbitraje (que era quien ejercitaba después la acción de anulación) lo fue porque el tribunal arbitral entendió aplicable la doctrina del levantamiento del velo societario. A pesar de que dicho condenado en el arbitraje no había sido parte firmante del contrato donde constaba el convenio arbitral, la Audiencia Provincial de Madrid rechazó que el laudo fuese contrario al orden público, razonando

del modo siguiente: “Partiendo de este concepto de orden público a los efectos de nulidad del laudo arbitral, no cabe entender, como se hace en el escrito de impugnación, que la interpretación a que llega el laudo arbitral de que el impugnante D. RAFAEL fue parte del contrato en el que se suscribió el convenio arbitral, sea contrario al orden público, conclusión a la que llega a través de la aplicación de la teoría del levantamiento del velo, cuando se llega a esa conclusión en base a las pruebas practicadas en el procedimiento arbitral”³⁹.

Cuestión distinta es que se interponga por un tercero, ajeno al convenio arbitral, una demanda judicial y el demandado plantee la declinatoria por sumisión a arbitraje invocando la extensión al actor del convenio por aplicación de la doctrina de levantamiento del velo. Las contiendas de jurisdicción (y de competencia) planteadas por declinatoria han de decidirse partiendo de las alegaciones de los interesados y de los documentos por ellos aportados (art. 65.1 LEC). El órgano judicial debe verificar, exclusivamente a la vista de tales elementos si se ha producido el supuesto fáctico de la norma que aplica; en el presente caso, de la que excluye la jurisdicción por sumisión de la cuestión litigiosa al arbitraje. Pero, a la vista de la doctrina constitucional sobre el derecho de acceso a la jurisdicción, no cabe duda de que esta verificación debe ser especialmente rigurosa para acordar la estimación de la excepción y el cierre del proceso. A mi juicio, los efectos

³⁹ La cita la tomo de la ponencia de ALONSO PUIG, José María. “Recepción del arbitraje comercial internacional en España. Experiencias derivadas de la nueva Ley de Arbitraje española. Problemas sustantivos y procesales. España como sede de arbitrajes internacionales”. En: *Jornada sobre Arbitraje Internacional*. Organizada por ESADE. Barcelona, 26 de abril de 2007.

inherentes a una resolución estimatoria de la declinatoria –el cierre definitivo del proceso– exigen del órgano judicial proceder con suma cautela, ponderando si los mismos son proporcionados, teniendo en cuenta: por un lado, que la resolución contraria –desestimación de la declinatoria y continuación del proceso– no causa especiales perjuicios a la parte contraria, ya que en el caso de dictarse una sentencia desestimatoria en cuanto al fondo por entender aplicable –previa la prueba plena correspondiente– la doctrina del levantamiento del velo, tales perjuicios, que derivarían para ella de haber tenido que seguir el proceso hasta el final, se verían compensados con la condena en costas; y, por otro, que el ámbito en que la cuestión se desenvuelve –la doctrina del levantamiento del velo de las personas jurídicas– puede presentar especiales dificultades en el terreno fáctico. Si se considera que efectivamente existe base para aplicar tal doctrina y sus consecuencias, el correspondiente pronunciamiento (con condena en costas, en su caso) debería realizarse en la sentencia definitiva, desestimando la demanda, pero después del desarrollo de una actividad probatoria plena y no con base exclusivamente en el principio de prueba documental que es suficiente para decidir la declinatoria de jurisdicción o de competencia (art. 65.1 LEC, que no prevé una fase probatoria en la tramitación del correspondiente incidente). Lo que no parece correcto es cerrar el acceso a la jurisdicción con una resolución que en realidad es una sentencia anticipada sobre el fondo desestimatorio de la demanda, dictado con base, exclusivamente, en el juicio formado a partir de los escritos de alegaciones y de los documentos con ellos aportados. Semejante resolución supone una interpretación de la norma

procesal contraria al principio *pro actione* y totalmente desproporcionada, por lo que conculca el derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

Al respecto ha dicho la SAP Madrid de 24 mayo 2002 (JUR 2004/245947), en un supuesto en el que parecería muy clara la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo societario: “Debemos tener en cuenta como circunstancias que parecen evidentes, que la actora –asistida de mayor o menor razón en su pretensión– no suscribió el convenio arbitral recogido en el contrato de compraventa (...); de hecho ni fue parte en tal contrato; y que cerrar el proceso por considerar que el asunto fue sometido a arbitraje puede afectar al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Si la demandante hubiera buscado evitar los previsibles obstáculos de su legitimación a través de la identificación con (...), es decir, levantando el velo de la persona jurídica a su favor, entonces, a nuestro juicio, no cabría duda de que la declinatoria de jurisdicción por estar sometida la cuestión litigiosa a arbitraje estaría bien planteada y bien apreciada, pero la demandante afirma ejercitar un interés propio, y en tales circunstancias, estando implicado el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y no habiendo suscrito la actora el convenio arbitral, nos parece lo más prudente desestimar la declinatoria planteada para que continúe la tramitación del procedimiento; más cuando la demandante se encuentre, como sin duda se va a encontrar, con la excepción de falta de legitimación activa, lo que no podrá hacer es intentar eludirla identificando su personalidad con la de (...), pues esto si supondría un patente fraude procesal, y en tal caso la declinatoria hubiera tenido que prosperar”.

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

BERNARDO M. CREMADES (*)

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

¹ BOE del 13 de septiembre de 1994.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. EL CONVENIO ARBITRAL: PIEDRA ANGULAR DEL ARBITRAJE

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. EL CONVENIO ARBITRAL, VERDADERO CONTRATO

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4. EL CONTENIDO FACULTATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴ BÖCKSTIEGEL, Karl-Heinz. "Past, Present and Future of Arbitration", *Arbitration International*. vol. 25. N° 3 (2009), p. 298.

¹⁵ d. Vid. por ejemplo, KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle. "The Globalization of Arbitral Procedure," *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. vol. 36. N° 4 (2003), p. 1313.

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

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

información suficiente para poder definir con precisión las cuestiones litigiosas.

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

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

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

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

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

y los árbitros no logran posteriormente encauzar el procedimiento.

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

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

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

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

5. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL

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

5.1. Efectos positivos y negativos del convenio arbitral

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

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

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

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

- “1. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria.
2. La declinatoria no impedirá la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales.
3. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas”.

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

El convenio arbitral, además de obligar a las partes a cumplir lo estipulado, permitirá a la demandada oponerse al proceso, denunciando la falta de competencia por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional. En los términos del Artículo 63.1 LEC, “(...) mediante declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del Tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de esta a Tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros (...)”. Conforme al Artículo 64 LEC, la declinatoria suspende el proceso judicial, pero este efecto suspensivo no tiene lugar en la iniciación o prosecución del procedimiento arbitral (Artículo 11.2 LA).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.2. Patología del convenio arbitral

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

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

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

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

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

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

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

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

conducta permite deducir su eventual inclusión en el procedimiento arbitral.

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

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

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

5.3. Medidas cautelares

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

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

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

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

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

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

²⁹ Véase Auto del TS (Sala 1ª) de 23-05-1985 y Auto del JPI N° 69 de Madrid de 28-06-1999 ambos en Revista de la Corte Española de Arbitraje 1987 pp. 143 y 144; y 1999, pp. 320 y ss., respectivamente.

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

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

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

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

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

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

6. CONCLUSIÓN

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

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

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

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

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

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

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

LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL

CARLOS DE LOS SANTOS (*)

MARGARITA SOTO (**)

VÍCTOR BONNÍN (***)

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La autonomía de la voluntad y la ley aplicable al convenio arbitral. 3. Determinación de la ley aplicable al convenio cuando hay una elección de derecho aplicable al contrato. 4. Derecho aplicable en caso de ausencia de elección en el contrato. 5. La ley aplicable a la arbitrabilidad de la materia y a la forma del convenio arbitral. 5.1. Arbitrabilidad. 5.2. Ley aplicable a la forma del convenio arbitral. 6. El derecho aplicable a la capacidad de las partes para celebrar el acuerdo arbitral. 7. Conclusión.

1. INTRODUCCIÓN

El convenio arbitral es la pieza angular del arbitraje, puesto que recoge la voluntad de las partes de someter las controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas a arbitraje.

Así pues, el convenio arbitral es la llave que abre la puerta de un procedimiento arbitral, en el que, tratándose de un procedimiento arbitral internacional varias legislaciones pueden encontrar su aplicación. En este sentido, la capacidad de cada una de las partes para celebrar el convenio arbitral puede estar regida por Derechos distintos. Igualmente, cabe identificar la *lex arbitri*, la ley aplicable al

fondo de la controversia o la ley que rige el reconocimiento y la ejecución del laudo, los cuales también pueden ser distintos. Finalmente, cabe considerar la ley que rige el acuerdo arbitral para determinar, por ejemplo, su validez y eficacia, que también puede ser distinta a las anteriores.

Respecto a esto último, la importancia de la validez del convenio arbitral reside no solo en que permite la existencia del procedimiento arbitral, sino que se proyecta más allá del procedimiento hasta el momento del reconocimiento y la ejecución del laudo, puesto que el Convenio de Nueva York de 1958 recoge como motivo de denegación del reconocimiento y de la ejecución de un laudo el hecho de que “el convenio arbitral

(*) Socio Director del Departamento de Litigación y Arbitraje de J&A Garrigues S.L.P.

(**) Asociada del Grupo de Arbitraje Internacional de J&A Garrigues S.L.P.

(***) Abogado Senior del Grupo de Arbitraje Internacional de J&A Garrigues S.L.P.

no sea válido en virtud de la Ley a la que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la Ley del país en que se haya dictado la sentencia”¹.

Estas razones y otras muchas más hacen que la validez del convenio arbitral sea un aspecto fundamental en el arbitraje, en particular cuando una de las partes se opone a dicha validez. En efecto, en este caso se hace necesario valorar el convenio arbitral a la luz de la ley, pero el problema se plantea a la hora de determinar cuál debe ser ese derecho que debe servir de base para realizar este examen. La tarea de determinar cuál debe ser ese Derecho no es sencilla, más aún si se tiene en cuenta que un convenio arbitral tiene una naturaleza híbrida que comprende tanto elementos procesales como contractuales.

Como se explica más adelante, tanto los tribunales arbitrales como los jueces aplican cada vez más un criterio favorable a la validez de la cláusula arbitral. Quizás las palabras de Julian LEW en el congreso de la I.c.c.a.d. de 1998 fueran demasiado lejos al decir que la validez de un convenio arbitral se presume, pero lo cierto es que el clima respetuoso con el arbitraje que se

vive hoy en día y el entendimiento entre los tribunales arbitrales y los jueces, hace que se tienda a respetar la intención común de las partes y se adopte una postura pro-arbitraje y en particular pro convenio arbitral.

2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL

En virtud del principio de autonomía o de separabilidad del convenio arbitral, se considera que éste es independiente del contrato en el que se encuentra inserto, con lo que la invalidez del contrato no implica la nulidad del convenio arbitral, tal y como manifestaron la Corte de Apelaciones de París en el asunto Gatoil², la Corte de casación francesa en el asunto Dalico³ o algunos tribunales arbitrales⁴. En consecuencia, puede decirse que el convenio arbitral y el contrato tienen “vidas separadas” y solamente en algunos casos excepcionales la misma circunstancia puede afectar a la vez tanto al convenio arbitral como al contrato, como por ejemplo, cuando se ha firmado éste por violencia o intimidación.

¹ Artículo V(1)(a).

² Gatoil v. National Iranian Oil Co., CA Paris, de 17 de diciembre de 1991, en 1993 Rev. Arb. 281.

³ Corte de Casación civ. 1ª, Municipalité de Khoms El Mergeb v. Société Dalico, 20 de diciembre de 1993: “la clause compromissoire est indépendante juridiquement du contrat principal qui la contient directement ou par référence et que son existence et son efficacité s’apprécient, sous réserve des règles impératives du droit français et de l’ordre public international, d’après la commune volonté des parties, sans qu’il soit nécessaire de se référer à une loi étatique” – el convenio arbitral es jurídicamente independiente del contrato principal que lo contiene ya sea directamente o por referencia y su existencia y eficacia se aprecian, reservando las reglas imperativas del derecho francés y del orden público internacional, según la voluntad común de las partes, sin que sea necesario referirse a una ley estatal (traducción propia).

⁴ Por ejemplo, caso CCI No. 4131, Dow Chemical v. Isover-Saint Gobain, en 1983 110 JDI 899.

De este principio se extraen dos consecuencias importantes. En primer lugar, el tribunal sigue teniendo competencia porque el convenio arbitral no está extinguido aún cuando la pretensión en el arbitraje sea la nulidad del contrato o la extinción del mismo por cualquier causa como su cumplimiento. En segundo lugar, y es el efecto que más interesa aquí, no tiene por qué considerarse que la validez del convenio arbitral está regida por la ley que rige el contrato, tal y como se presumió en el caso *Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) c. Ferrell International Ltd.*⁵, sino que en virtud de la separabilidad y del principio de autonomía de la voluntad de las partes, éstas pueden acordar que la validez del convenio arbitral se rija por un Derecho distinto de la Ley aplicable al contrato o de la *lex arbitri*⁶. En efecto, tal y como ha dicho el Tribunal Federal Suizo, el principio de autonomía de la cláusula arbitral implica, entre otros, que en el comercio internacional, el convenio arbitral y el contrato pueden estar sometidos a distintas leyes⁷.

Esto último a su vez ha traído una tercera consecuencia, a saber, que en el contexto internacional se han desarrollado multiplicidad de posturas distintas sobre cuál debe ser la ley que regule el convenio arbitral, de modo que se ha llegado a aplicar la ley de la sede del arbitraje, la ley que rige el contrato, la *lex fori executionis*,

un cúmulo de leyes, etc. lo que sin lugar a dudas crea una cierta inseguridad a la hora de predecir cuál será el comportamiento de un tribunal ante un caso en el que se discuta cuál debe ser la ley aplicable al convenio arbitral. No obstante, si bien es cierto que existen múltiples opciones, lo que sí parece ser unánime en la práctica arbitral internacional es la voluntad de llegar a decisiones que faciliten la ejecución de los convenios arbitrales y por tanto se intenta adoptar una postura *favor validitatis*⁸.

3. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONVENIO CUANDO HAY UNA ELECCIÓN DE DERECHO APLICABLE AL CONTRATO

Tal y como se ha dicho, muchas legislaciones otorgan primacía a la elección de un Derecho por las partes. Ahora bien, cuando las partes han designado una ley, no siempre resulta claro que dicha ley se aplique al convenio arbitral. Este puede ser el caso cuando las partes han querido que el contrato se rija por un determinado Derecho, puesto que surge la duda de si dicho Derecho debe también regir la validez del convenio arbitral, en particular porque, como ya se ha comentado, el convenio arbitral es un contrato separado del resto del contrato.

⁵ *Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) c/ Ferrel International Ltd.* en [2002] All E.R. (Comm) 627. En este caso se consideró que la cláusula compromisoria se regía por el mismo derecho que regía el contrato en el que constaba el convenio arbitral.

⁶ FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN. *On International Arbitration*, Kluwer: Law International 1999. par. 412.

⁷ STF, 21 de marzo de 1995, en (1997) XXII Y.B. Comm. Arb. 800, 803.

⁸ BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2009, pp. 422 y ss.

Esta cuestión es controvertida. En efecto, tanto en países de *common law* como en países de derecho continental la elección de derecho aplicable al contrato se ha considerado también aplicable al convenio arbitral⁹. Esta postura también ha sido seguida en varios laudos¹⁰ y por varios autores que consideran que existe una presunción por la cual el derecho por el que se rige el acuerdo de fondo también rige el acuerdo arbitral¹¹. Entienden estos autores que sería demasiado artificial considerar que la elección de un derecho que las partes pretenden que debe regir todo el contrato no cubre al convenio arbitral que forma parte del contrato (distinta sería la conclusión si el convenio arbitral se acordara una vez ha surgido la controversia)¹².

Al contrario, otros tribunales han usado el argumento de la separabilidad del convenio arbitral para concluir que la elección de un derecho aplicable al fondo del contrato no implica que dicho derecho deba ser aplicado al convenio arbitral (por supuesto, sin perjuicio de aquellos países como Suiza o España, en los que la ley de arbitraje determina que la validez del convenio pueda regirse por el derecho

sustantivo en determinados supuestos). Es notable que, en muchos casos, cuando los tribunales han decidido no aplicar el derecho sustantivo ha sido porque dicho derecho invalidaría el convenio arbitral, de modo que han preferido utilizar otros principios para preservar la validez del convenio arbitral. Tal ha sido la posición de algunos tribunales americanos cuando el derecho aplicable al fondo llevaba a la invalidez del convenio arbitral¹³. Ello es así porque si el derecho aplicable al fondo invalidara el convenio arbitral, no parece razonable presumir que las partes, que han introducido una cláusula arbitral al contrato, hayan querido aplicar a la misma una ley que lo invalida. Y este razonamiento de considerar aplicable la ley elegida por las partes cuando no invalida al convenio, y no considerarla aplicable cuando si lo invalida, ha sido reconocido por varios tribunales arbitrales¹⁴.

En efecto, son muchos los casos en los que no se ha retenido el derecho aplicable al contrato como derecho que debe regir la validez del convenio arbitral. Así, cabe citar el famoso caso *Bulbank* en el que las partes no habían incluido mención expresa respecto del derecho que

⁹ Tribunal Federal Suizo 129 III 675, 679, de 8 de julio de 2003; Sonatrach Petroleum Corporation (BVI) c/ Ferrel International Ltd. en [2002] All E.R. (Comm) 627.

¹⁰ Por ejemplo Caso CCI 3572, caso CCI no. 5505, en JARVIN S., DERAIS Y., ARNALDEZ J.-J. *Collection of ICC Arbitral Awards 1986-1990*. Kluwer, 1994; caso CCI no. 6840, en ARNALDEZ J.-J., DERAIS Y., HASCHER D. *Collection of ICC Arbitral Awards 1991-1995*. Kluwer Law International, 1998.

¹¹ LEW J. *The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause*, I.c.c.a. Congres Series n. 14, 1998, par. 136.

¹² RUSSELL F. *Russel on Arbitration*, Sweet and Maxwell, 1997, par. 2-094.

¹³ Sea Bowld Marine Group, LDC v. Oceanfast Pty, Ltd, 432 F. Supp. 2d 1305, 1313, 19; Mechanical Power Conversion, LLC v. Cobasys, LLC, 500 F. Supp. 2d 716.

¹⁴ Laudo CCI Caso N. 3572, en XIV Y. B. Comm. Arb. 111, 115 (1989); CCI Caso N. 6850, XXIII Y. B. Comm. Arb. 37, 38 (1998). CCI Caso n. 6162, XVII Y. B. Comm Arb. 152 (1992).

debía aplicarse al convenio arbitral, pero sí respecto del derecho aplicable al contrato, en este caso el derecho austríaco, y la Corte Suprema sueca resolvió que la validez de la cláusula arbitral debía decidirse según el derecho del lugar del arbitraje¹⁵.

4. DERECHO APLICABLE EN CASO DE AUSENCIA DE ELECCIÓN EN EL CONTRATO

Como se ha dicho anteriormente, se ha considerado a menudo que el derecho que debe regir el convenio arbitral debe ser la ley del contrato por considerar que las partes así lo han querido de forma implícita. Ahora bien, también podría considerarse que es el derecho de la sede del arbitraje el que debe regir la validez del convenio arbitral, y así lo sugiere el Convenio de Nueva York (en adelante, “CNY”) al establecer que la validez del convenio arbitral debe reputarse según la Ley de la sede del arbitraje si las partes no han establecido nada sobre la ley que debe regir el convenio arbitral.

En muchos casos, los contratos no contienen mención alguna sobre cuál debe ser el derecho que se le aplica al mismo, surgiendo de nuevo la duda de cuál será, entonces, el derecho aplicable al convenio arbitral. La misma duda se planteará cuando se decida que el derecho aplicable al contrato no se aplica al convenio arbitral, por ejemplo porque

la voluntad de las partes manifiestamente indique que ese derecho solo debe regir el contrato y no el convenio arbitral, tal y como sucedió en el ya mencionado caso *Bulbank* en que se determinó que el derecho aplicable al contrato no era el derecho que debía aplicarse a la validez de la cláusula arbitral.

La dificultad a la hora de determinar cuál debe ser la ley aplicable a la validez del convenio arbitral viene dada porque existe discusión sobre si el convenio arbitral debe considerarse como un aspecto sustantivo o una cuestión procesal.

Durante mucho tiempo, varias jurisdicciones habían considerado que en estos casos la validez de un convenio arbitral debía regirse por la ley del lugar de ejecución. El inconveniente de esta postura resulta obvio: si un laudo puede ejecutarse en varios lugares, y en cada uno de estos lugares el convenio se debe examinar según la ley del sitio en cuestión, la posibilidad de tener decisiones contradictorias sobre la validez del convenio arbitral es evidente, lo que genera una gran inseguridad jurídica.

Ante esta postura, han surgido otras más acordes con la realidad del arbitraje internacional que abogan por que sea la ley del lugar del arbitraje la que gobierne al convenio arbitral, tal y como propone el CNY. Esta postura ha sido seguida tanto por los jueces¹⁶ como por los tribunales arbitrales¹⁷, y defendida también por

¹⁵ Bulgarian Foreign Trade Bank Ltd c. Al Trade Finance Inc, en (2001) XXVI Yearbook Comm. Arb. 291, Corte Suprema de Suecia, de 27 de octubre de 2000.

¹⁶ Cabe destacar como precursora la sentencia del Tribunal Federal Suizo 57 I 295, 2 de octubre de 1931.

¹⁷ Caso CCI No. 1507, Caso CCI No. 5832; Caso CCI No. 6149.

algunos autores¹⁸, porque consideran que el convenio arbitral presenta mayor conexión con la ley de la sede del arbitraje puesto que es el lugar donde se puede anular el mismo¹⁹. De este modo, la elección de la sede también tendría el efecto indirecto de elegir el derecho aplicable al convenio arbitral. Es más, algunos países como Suecia han establecido expresamente en su legislación que es la ley de la sede la que rige el convenio arbitral si las partes no han acordado una cosa distinta²⁰.

No obstante, en las últimas décadas han aparecido decisiones que optan por otro criterio a la hora de determinar la ley aplicable al convenio arbitral, porque se ha considerado que no debería asimilarse el convenio arbitral al procedimiento arbitral, puesto que el convenio arbitral es un contrato y, por tanto, aunque su objeto es instituir un procedimiento, no forma parte del procedimiento mismo²¹. Por eso se prefiere utilizar el Derecho que tenga mayor conexión con el convenio arbitral. Para los que defienden esta tercera opción, la aplicación de la ley del contrato supone dar la espalda al principio de autonomía de la cláusula arbitral, mientras que la aplicación de la ley de la sede del arbitraje se fija únicamente en aspectos procesales,

cuando lo que importa en la controversia es el aspecto sustantivo de la misma. La opción de aplicar la ley que tenga mayor conexión con el convenio arbitral presenta la dificultad de determinar cuál es el Derecho con mayor conexión cuando por ejemplo, la ley del lugar del arbitraje y el derecho aplicable al contrato sean distintos. Por ello, esta opción no ha tenido mucho calado. Así pues, parece que todavía hoy, la opción predominante es considerar que el derecho que rige el convenio arbitral es el derecho del lugar del arbitraje. No obstante, ello no quiere decir que no haya habido decisiones que hayan aplicado este principio, ya que por ejemplo los tribunales ingleses han considerado que una cláusula que establecía un arbitraje en Londres bajo la Ley inglesa de arbitraje de 1996, suponía implícitamente que el Derecho inglés debía regir también la validez del convenio arbitral, a pesar de que el derecho aplicable al contrato era el derecho de Nueva York²².

El problema puede aparecer cuando no se ha elegido una sede en el arbitraje y se pone en cuestión la cláusula arbitral, puesto que en este caso habrá que determinar cuál es el derecho aplicable, sin que la sede pueda servir de punto de conexión. Para estos casos, el Convenio de Ginebra prevé

¹⁸ CRAIG/PARK/PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Oceana Publications 2000, p. 5.05. BLESSING M. "The Law Applicable to the Arbitration Clause". EN: VAN DEN BERG A. (ed). *Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention*, 1999 I.C.C.A. Congress Series No. 9.

¹⁹ Dutch Court of Appeal, The Hague, Owerri Commercial Inc. v. Dielle, Srl., en Xix Y. B. Comm. Arb. 703 (1994).

²⁰ El artículo 48 de la Ley sueca de arbitraje establece que "cuando un convenio arbitral tenga carácter internacional, la ley elegida por las partes se aplicará a dicho convenio. En el caso en que las partes no hayan llegado a un acuerdo sobre este respecto, la ley aplicable será la del país en el que, en aplicación a las normas convenidas por las partes, el procedimiento ha tenido o tendrá lugar." [traducción propia]

²¹ FOUCARD/GAILLARD/GOLDMAN. *On International Arbitration*, Kluwer Law International, para. 424.

²² XL Insurance Ltd. v. Owens Corning Corp. [2000] 2 Lloyd's Rep 500, 508 (Q.B.).

que cuando no fuera posible determinar cuál será el país en que habrá de dictarse el laudo arbitral, esto es, cuando no sea posible determinar la sede del arbitraje, entonces el convenio arbitral se regirá por la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal que conozca del asunto²³. Si posteriormente se fija la sede del arbitraje y su ley aplicable fuera distinta a la determinada aplicando las reglas de conflicto, implicará que habrá que cambiar la ley aplicable al convenio arbitral.

Lo cierto es que, en cualquier caso será siempre necesario revisar las normas de conflicto para determinar qué ley debe aplicarse. Dichas normas de conflicto pueden encontrarse tanto en convenios internacionales como en legislaciones internas. Ya se ha hecho referencia al CNY, puesto que su artículo V.1.a remite a la ley que hayan elegido las partes o, en caso de que no hayan optado por ninguna ley, se remite a la ley de la sede del arbitraje para examinar la validez de un convenio arbitral. Además, no hay que olvidar el mismo artículo II.1 CNY que obliga a reconocer los acuerdos internacionales de arbitraje, con lo que indirectamente obliga a reconocer los acuerdos sobre la ley aplicable al convenio arbitral. Igualmente,

hay que tener presente que el Convenio de Ginebra de 1961 establece claramente que para determinar la existencia o validez de un acuerdo arbitral, los tribunales deben tomar como referencia la ley elegida por las partes para regir el convenio arbitral, a falta de elección la ley de la sede de arbitraje y, en su defecto por las normas de conflicto del juzgado que conozca de la controversia. Así pues, los dos convenios internacionales sobre arbitraje más importante contienen una regulación similar, salvo por la tercera opción ofrecida por el Convenio de Ginebra.

Por otro lado, las legislaciones internas también tienen mucho que decir en este debate ya que pueden adoptar posturas que faciliten el reconocimiento de la validez de un convenio arbitral. Tal es el ejemplo del artículo 9 de la Ley 60/2003 de la ley española de arbitraje, cuyo apartado 6 establece que cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si se cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia o por el Derecho español²⁴.

²³ Artículo VI(c) Convenio de Ginebra.

²⁴ De forma similar el artículo 4 de la Resolución de Santiago de Compostela del Instituto de Derecho Internacional establece que: *“Lorsque la validité de la convention d'arbitrage est contestée, le tribunal tranche la question en appliquant une ou plusieurs des sources de droit suivantes: la loi choisie par les parties, la loi déclarée applicable selon le système de droit international privé désigné par les parties, les principes généraux de droit international public ou privé, les principes généraux de l'arbitrage international, ou la loi qui serait appliquée par les juridictions du lieu où le tribunal siège. En faisant ce choix, le tribunal sera guidé, en chacun des cas, par le principe in favorem validitatis”*. [cuando se presente oposición a la validez del convenio arbitral, el tribunal decidirá la cuestión mediante la aplicación de una o varias de las fuentes del derecho siguientes: la ley elegida por las partes, la ley que sea declarada aplicable según el sistema de derecho internacional privado designado por las partes, los principios generales de derecho internacional público o privado, los principios generales del arbitraje internacional o la ley que sería aplicada por los jueces del territorio en el que el tribunal arbitral tiene su sede. Al realizar esta selección, el tribunal se guiará, en cada caso, por el principio *favorem validitatis* –traducción propia–]

No cabe duda de que esta norma es deudora del artículo 178 de la Ley Suiza de Derecho Internacional privado que establece que “*quand au fond, elle [la cláusula arbitral] est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l’objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse*”²⁵.

A pesar de que está claro que la redacción española tiene su influencia en la redacción suiza, hay algunas diferencias notables. En efecto, se debe reseñar el hecho de que la ley española habla de normas jurídicas elegidas por las partes o las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, mientras que la ley suiza habla del derecho elegido por las partes o del derecho que rige el objeto de la controversia. Esto es así, porque al utilizar la expresión “normas jurídicas” se quiso dar entrada a los usos mercantiles tradicionalmente aceptados para determinar la validez del convenio arbitral²⁶.

En cambio, en otros países como Francia son más reacios a referirse a una ley determinada ya que se considera que el convenio arbitral está sujeto a un régimen legal *sui generis* que deriva de los principios del derecho internacional con el fin de dar el máximo efecto legal posible a los acuerdos de arbitraje²⁷.

Por otro lado, en Estados Unidos, si bien los tribunales aceptan la elección de una ley que rija el convenio arbitral, si la aplicación de esa ley lleva a la invalidez del convenio arbitral, los tribunales tienden a considerar que las partes no han querido someter la cláusula a una ley que determina su invalidez, en cuyo caso prefieren no aplicar la ley elegida, y por tanto, a falta de elección aplican los principios comunes para la validez de los convenios arbitrales internacionales.

Estos son algunos ejemplos de cómo la legislación interna y la práctica de los tribunales resuelven los problemas de ley aplicable a un convenio arbitral anteponiendo el objetivo de que el convenio arbitral resulte efectivo.

Una vez se haya determinado cuál es la ley que rige el convenio arbitral, ello no implica *per se* que uno tenga que referirse a las normas sustantivas de validez previstas en la sede. En efecto, algunas legislaciones prevén una normativa pro cláusula que remite a otras leyes para determinar la validez de la misma, de modo que es suficiente con que la cláusula sea válida según una de estas normativas. Un claro ejemplo en este sentido son las legislaciones española y suiza ya mencionadas.

Así pues, las legislaciones internas tienen también mucho que decir sobre

²⁵ En cuanto al fondo, ella será válida si cumple con las condiciones previstas o bien por la ley elegida por las partes, o bien por la ley que rige el objeto del litigio, en particular el derecho aplicable al contrato principal, o bien por el Derecho suizo. [Traducción propia]

²⁶ B. CREMADES. “Del Convenio Arbitral y sus Efectos”. En: A. MARTÍN / S. HIERRO (coord.). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Marcial Pons, 2006, p. 301.

²⁷ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN. *On International Arbitration*. Kluwer Law International, 1999, pará. 442.

la validez del acuerdo arbitral, y la posición que adopten puede facilitar el reconocimiento del mismo.

5. LA LEY APLICABLE A LA ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA Y A LA FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL

5.1. Arbitrabilidad

Lo dicho anteriormente vale para el análisis de la validez del convenio arbitral en cuanto a validez material, ya que las condiciones de forma y de arbitrabilidad deben regirse directamente por la ley del lugar del arbitraje. Al menos esto es así en Derecho Suizo²⁸. Igualmente, cabe recordar el caso *Maternaco c. PPM Cranes* en el que se aplicó el derecho del lugar del arbitraje a las cuestiones de arbitrabilidad, ya que la interpretación de los artículos II(1) y V(2)(a) del CNY exigen que la arbitrabilidad se determine conforme a la ley del arbitraje. Esta conclusión es lógica, tanto más si se considera la validez de la cláusula desde el punto de vista de arbitrabilidad. Así se evita que una materia que no sería arbitrable según el derecho suizo, devenga arbitrable según el derecho que rige el fondo de la controversia, con la duda de si el laudo dictado posteriormente podría quedar sujeto a acción de anulación o de que pudiera quedar en entredicho su ejecución internacional.

Al contrario que en Suiza, en la legislación española, cuando el arbitraje sea internacional, también la arbitrabilidad

de la controversia deberá evaluarse de conformidad con cada uno de los tres sistemas jurídicos previstos en el artículo 9.6 de la Ley Española de Arbitraje, siendo suficiente con que la controversia sea arbitrable de conformidad con uno de los tres sistemas. En efecto, el artículo 9.6 se refiere específicamente a que “el acuerdo arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje” con lo que de esta manera el legislador vendría a otorgar en el arbitraje internacional el privilegio de la arbitrabilidad a materias que podrían no serlo en un arbitraje interno en virtud del artículo 2 de la Ley de Arbitraje. Al hacer esta expresa mención, si bien es cierto que puede llevar al resultado de que las partes elijan unas normas jurídicas que permitan la arbitrabilidad de materias excluidas por nuestro legislador, lo cierto es que al hacer esa expresa mención, parece que se otorgaría carta de arbitrabilidad a esas materias y no podría anularse el laudo en virtud del artículo 41.1.e de la Ley de arbitraje, quedando solo expedita la vía de la anulación si la materia arbitrada vulnerara el orden público español.

En efecto, si se considerara, por ejemplo, el apartado 9.6 de la Ley española de arbitraje para evaluar la validez de un convenio arbitral desde el punto de vista de la arbitrabilidad, una materia que no es arbitrable en España, podría serlo en el país del derecho que rige el fondo del contrato, con lo cual se debería concluir en la validez de la cláusula. El problema reside en que se permitirá así la arbitrabilidad de una materia excluida por nuestro legislador, con lo que de esta

²⁸ KAUFMANN-KOHLER, G. y A. RIGOZZI. *Arbitrage international, Droit et pratique à la lumière de la LDIP*. Schulhess, 2006, p. 65.

manera se estaría consintiendo la violación de los límites impuestos por el orden público español²⁹. La contradicción es pues evidente, si bien la vulneración del orden público es un motivo de anulación de un laudo español en virtud del artículo 41.1.e de la Ley Española de Arbitraje, por otro lado, la legislación española consiente esta violación. En efecto, si se considerara que el laudo puede ser anulado en estos casos, entonces carece de sentido que la ley española permita examinar la arbitrabilidad de una materia conforme a otra ley que no fuera la española, porque siempre que una materia sea arbitrable conforme a otra ley que no sea la española se estará vulnerando el orden público y el laudo será susceptible de anulación.

Por otro lado, si la arbitrabilidad tiene que examinarse en un país distinto del lugar del arbitraje, por ejemplo en sede de ejecución, los tribunales del lugar de ejecución valorarán la cláusula según su normativa propia, en virtud del artículo V.2.a CNY. Así pues, si bien es cierto que la arbitrabilidad de una materia depende del lugar en que se examine el convenio arbitral, esta limitación queda diluida gracias a la postura *pro arbitraje* que adoptan los tribunales³⁰.

5.2. Ley aplicable a la forma del convenio arbitral

En cuanto a la forma del convenio arbitral, está bastante extendida la opinión

por la que debe regirse por la ley del lugar del arbitraje y esta es la postura que siguen los árbitros, quienes se refieren a la legislación del país de la sede del arbitraje, que suele contener reglas sustantivas de derecho internacional, como por ejemplo el artículo 9.1 y 9.2 de la Ley española de arbitraje, o el artículo 178.1 de la Ley Suiza de Derecho Internacional Privado que exigen que el convenio conste por escrito. En cambio, los árbitros no tienen porque regirse por el artículo II.2 CNY, ya que el Convenio va dirigido a los jueces, lo que no quita que igualmente los árbitros lo tengan en cuenta para cumplir con su obligación de emitir un laudo ejecutable³¹.

Tratándose de un juez que conoce en el país de la sede del arbitraje, éste si tendrá que acogerse al artículo II.2 CNY, salvo que una parte quiera aprovecharse de la cláusula de derechos más favorable prevista en el artículo VII. 2 CNY. Quiere eso decir que si una parte quiere acogerse al sistema de reconocimiento previsto en el CNY, la cláusula deberá cumplir con los requisitos del artículo II. En cambio, si una parte desea prevalecerse de una norma interna más laxa en cuanto a los requisitos exigidos a un convenio arbitral, por ejemplo, que no exija que conste por escrito, entonces el examen y el sistema de reconocimiento del laudo se harán conforme al derecho interno. Esto significa que si no se cumplen los requisitos del artículo II CNY una parte

²⁹ CREMADES, B. "Del convenio arbitral y sus efectos". En: A. DE MARTÍN y S. ANIBARRO (Coord.). *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Madrid - Barcelona: Marcial Pons, 2006, p. 302.

³⁰ BERGER, KLAUS P. "Reexamining the Arbitration Agreement: Applicable Law - Consensus or Confusion?". En: A. J. VAN DEN BERG (ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* I.c.c.a.Congress Series 2006 Montreal 13. Kluwer Law International 2007, p. 302.

³¹ Sobre esta obligación, cf. PLATTE M. "An Arbitrator's Duty to Render Enforceable Awards". En: vol. 9 N. 3 2003 *J. Int'l. Arb.* 307.

no puede prevalecerse del sistema previsto en el CNY, aunque el convenio arbitral cumpla con los requisitos previstos en derecho interno. Desde este punto de vista, el artículo II.1 CNY implicaría, más que un requisito de validez, un requisito de jurisdicción³².

Tratándose de un juez situado fuera del país de la sede, el juez igualmente aplicará el artículo II.2 CNY siempre que se trate de un caso cubierto por el CNY, ya que de lo contrario deberían aplicar las reglas de forma del lugar de la sede, ya que se trata de reglas sustantivas de derecho internacional. No obstante, en estos casos, los jueces tienden a aplicar las reglas de formas previstas en la ley de su foro³³.

De este modo, la validez formal de una cláusula arbitral que establece su sede en España, estará sometida al cumplimiento de los requisitos del artículo 9 de la Ley española de arbitraje.

6. EL DERECHO APLICABLE A LA CAPACIDAD DE LAS PARTES PARA CELEBRAR EL ACUERDO ARBITRAL

De la misma manera que las partes que celebran un contrato deben tener capacidad jurídica necesaria para celebrarlo, las partes también deben tener, como consecuencia del principio de autonomía, capacidad para celebrar un

convenio arbitral, puesto que éste es como un contrato.

Obviamente, la pregunta que cabe hacerse en este caso es si la ley que rige la validez del convenio arbitral influye de alguna manera a la hora de determinar la capacidad jurídica de las partes para celebrar un acuerdo arbitral. Lógicamente, determinar este punto será de vital importancia, ya que la falta de capacidad puede suponer un motivo de anulación o de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo³⁴. En efecto, hay que recordar que el artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York exige que las partes tengan capacidad para celebrar el acuerdo arbitral en virtud de la ley que les es aplicable, de modo que se hace necesario determinar cuál es esa ley que le es aplicable. Igualmente, la Convención de Ginebra también se refiere a la capacidad de las partes según la ley que les sea aplicable, esto es, su ley personal. En este sentido la ley que le será aplicable a una persona física será la del Estado en el cual tiene su domicilio (normalmente en países de *common law*) o nacionalidad (en general en los países de derecho continental) y para una persona jurídica será principalmente el domicilio (en general en los países de derecho continental o el lugar de constitución (normalmente en los países de *common law*), de manera que el derecho aplicable al convenio arbitral no jugaría ningún rol.

³² BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International. 2009, pp. 541 and 542.

³³ BERGER, KLAUS P. "Reexamining the Arbitration Agreement: Applicable Law –Consensus or Confusion?". EN: A. J. VAN DEN BERG (ed.). *International Arbitration 2006: Back to Basics?* I.C.C.A. Congress Series 2006 Montreal 13. Kluwer Law International 2007, p. 329.

³⁴ Cf. Artículo 36.1.a Ley Modelo CNUDMI; artículo V.1.a CNY.

Obviamente, puede suceder que haya problemas porque, por ejemplo, porque a una persona física se le puedan aplicar distintas leyes, una de las cuales determina su incapacidad para suscribir un convenio arbitral. Más aún, podría incluso entrar en juego la ley aplicable al contrato que impide a esa persona suscribir el convenio. En estos casos también se aboga por una postura a favor de la validez de la cláusula, de modo que se acepta que se ha suscrito válidamente la cláusula si la persona tenía capacidad conforme con alguna de las leyes que podrían entrar en juego. De esta manera se evita que una persona pueda prevalecerse de una ley que invalidaría la transacción, si al final esta le resultara perjudicial³⁵.

La cuestión de la capacidad puede resultar particularmente complicada cuando se refiere a la capacidad de las entidades estatales para suscribir convenios arbitrales. Esta cuestión ha sido solucionada en alguna legislación nacional, como la suiza que prevé expresamente que un Estado o una empresa u organización controlada por un Estado no puede prevalecerse de su propia ley para alegar su incapacidad para ser parte en un arbitraje³⁶. El problema se planteará cuando no se disponga de una norma similar. No obstante, hay que decir que resulta contradictorio que un país sea parte del Convenio de Nueva York y por tanto se obligue a reconocer y ejecutar los convenios arbitrales, y que luego alegue

su incapacidad en virtud de su legislación interna³⁷. Y por ello no debería aceptarse que un Estado pueda invocar una norma interna para objetar la validez del convenio arbitral que ha suscrito, puesto que eso violaría la doctrina de los actos propios.

7. CONCLUSIÓN

El tema tratado en estas páginas podría dar pie a muchas más. Aquí no se han sino esbozado los principios generales que son o han sido de aplicación a la hora de determinar cuál es el derecho aplicable al convenio arbitral.

La gran cantidad de decisiones al respecto muestran un gran abanico de conclusiones contrarias, pero no faltas de argumentos. En efecto, como en toda discusión jurídica, hay posturas dominantes y otras minoritarias o ya, para decirlo de algún modo, desfasadas, pero sus argumentos siguen pareciendo convincentes y lógicos.

En cualquier caso, si bien existen tales diferencias, parece que hoy en día, tanto el legislador como los encargados de aplicar la ley, esto es, los árbitros y los jueces, están de acuerdo en que sea cual sea la ley que consideren que debe regir al convenio arbitral en primer lugar, en todo caso debe regir el principio *favor negotii* para preservar la voluntad de las partes de someter una controversia al arbitraje.

³⁵ REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional*, Thomson Aranzadi. Cizur Menor, 2006, pp. 3-26.

³⁶ Artículo 177 Ley suiza de derecho internacional privado.

³⁷ BORN, G. B. *International Commercial Arbitration*. Kluwer Law International, 2009, pp. 558-559.

LA EXTENSIÓN A TERCEROS NO FIRMANTES DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL. LA APROXIMACIÓN EN ESPAÑA

ELISABETH DE NADAL (*)
VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ (**)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Presentación de la problemática.* 2.1 *El punto de partida en España.* 2.2 *Consecuencias de una aproximación estricta.* 3. *Supuestos de extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no firmantes.* 3.1 *Subrogación de un tercero en la posición del firmante del convenio.* 3.2 *Pluralidad de contratos y de partes.* 3.3 *Grupo de empresas.* 3.4 *Convenio arbitral incluido en los estatutos sociales.* 3.5 *Mandato y representación.* 4. *Algunas conclusiones.*

1. INTRODUCCIÓN

El convenio arbitral es un contrato por el que las partes deciden que una controversia ya existente, o aquellas que pueden surgir en el futuro, respecto de una determinada relación jurídica sean solucionadas de forma definitiva por uno o varios árbitros. De esta manera, decimos que el arbitraje nace de la voluntad de los hombres y mujeres del comercio. Son los empresarios y empresarias quienes encargan a los árbitros la resolución de sus conflictos y, de este modo, excluyen la intervención de los jueces y tribunales de los Estados, salvo para aquellas cuestiones de soporte a la tarea de los árbitros.

Por tanto, el arbitraje nace y se fundamenta en el consentimiento, elemento esencial de los contratos. De hecho, el fundamento de la institución no es otro que un contrato suscrito por las partes anticipando controversias futuras.

Cuando nos planteamos a quién afecta el convenio arbitral (su ámbito subjetivo) nos movemos en el ámbito estricto del derecho de los contratos. La respuesta no puede ser otra que a las partes que lo han suscrito, en tanto que contrato sólo afecta y obliga a quienes han prestado su consentimiento a arbitrar.

En España, el convenio arbitral para existir requiere de la expresión de “la

(*) Socia de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Barcelona, España. Profesora de Arbitraje de la Universidad Pompeu Fabra.

(**) Abogado de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, Barcelona, España.

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” (artículo 9 de la Ley 60/2003 de Arbitraje - en adelante la “LA”). Reglas iguales o similares existen en las leyes de arbitraje de diversos países. Por su parte, la Convención de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras (en adelante la “Convención de NY”) se refiere al “acuerdo escrito confirme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o extracontractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje” (Artículo II)

Desde una perspectiva formal, lo que estas normas exigen es que el convenio arbitral conste en un documento escrito. Es decir, el convenio no puede ser solamente verbal sino que ha de estar recogido en soporte documental o electrónico. Al margen de las condiciones formales del convenio arbitral, las legislaciones, locales o internacionales exigen, para la existencia y validez del convenio arbitral, el consentimiento de las partes del procedimiento arbitral de someter la controversia a arbitraje. Evidentemente, la prueba de este consentimiento puede quedar constituida mediante la firma del documento, o su envío y recepción entre las partes.

Pero no parece que las leyes nacionales ni tampoco las normas internacionales condicionen de forma definitiva la posibilidad de que el consentimiento de una empresa a someter sus controversias a arbitraje deba de constar ineludiblemente por escrito o mediante aceptación del envío del documento que contiene en convenio arbitral. Este consentimiento respecto de la cláusula arbitral escrita puede derivarse de forma implícita de actos o hechos distintos a la firma del convenio arbitral como manifestación expresa de su aceptación.

Lo que queremos tratar en este capítulo es la extensión del convenio arbitral a terceros que no lo firmaron. Porque el consentimiento puede ser implícito y resultar de actos propios coetáneos a la firma o posteriores a ella. Con ello se abre la puerta a reunir en un arbitraje a empresas que no fueron parte expresa del convenio arbitral cuando éste fue elaborado.

Esta cuestión es importante y mucho más recurrente de lo que uno piensa cuando uno se inicia en la práctica del arbitraje, dada la complejidad de las transacciones comerciales internacionales y la mezcla de culturas empresariales, sociales y modos de hacer en un mundo global.

Un buen punto de partida para tomar conciencia de la relevancia de esta cuestión nos lo proporciona BERNARD HANOTIAU¹ cuando se refiere al laudo dictado en un procedimiento ad hoc bajo las reglas UNCITRAL²: “*Contrary to litigation in*

¹ HANOTIAU, Bernard. “*Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contract-Parties-Issues. An analysis*”. En: *Journal of International Arbitration*. Vol. 18 No. 2 (2001).

² Laudo de 17 de noviembre de 1994 *Banque Arabe et Internationale d'Investissement v. Inter-Arab Investment Guarantee Corp.*

front of state courts where any interested parties can join or be adjoined to protect its interests, in arbitration only those who are parties to the arbitration agreement expressed in writing could appear in the arbitral proceedings either as claimants or as defendants. This basic rule, inherent to the essentially voluntary nature of arbitration, is recognized internationally by virtue of Article II of the New York Convention”.

Descontextualizadas de los hechos concretos del asunto, estas palabras pueden aparecernos como resultado de un enfoque demasiado estricto de la cuestión. No obstante, no nos olvidemos que cada árbitro ha de averiguar quién es parte del convenio arbitral para determinar con certeza el ámbito subjetivo de su mandato, ya que el arbitraje es, por naturaleza, un mecanismo consensuado de resolución de disputas.

En última instancia, lo que se plantea es una cuestión de derecho contractual: quién es parte del convenio arbitral o se ha adherido a él. La cuestión es si en el ámbito del arbitraje comercial internacional esta determinación debe hacerse de acuerdo con las reglas generales del derecho de contratos que resulten de aplicación o si, por el contrario, el enfoque debe revestir particularidades específicas que permitan una aproximación más flexible y amplia. Hay mucho escrito sobre esta cuestión. No pretendemos reproducirlo aquí cuando los

lectores pueden acudir a la fuente original mucho más sabia que los autores de este capítulo. Nuestra intención es solamente reseñar la aproximación que a esta cuestión existe en España.

2. PRESENTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA

2.1. El punto de partida en España

Desde la perspectiva española se ha optado por un enfoque eminentemente contractual. El convenio arbitral se rige en sustancia por las reglas aplicables al derecho de contratos. La jurisprudencia³ y la doctrina⁴ españolas coinciden en que se trata de una obligación ordinaria de carácter contractual, a la que aplican los artículos 1254 y ss. del Código Civil español (CC), y como tal debe interpretarse, pues rigen los criterios de interpretación de los contratos de los artículos 1281 y ss. del CC. No olvidemos, además, que la mayoría de convenios arbitrales están insertos, literalmente o por referencia, a contratos que son la razón primordial que obliga a las partes y comparte partes con éste.

En tanto que obligación contractual reglamentadora de conductas, el convenio arbitral impone un deber de observancia que consiste en someter sus controversias al arbitraje, ya sea *ad hoc* o institucional. ¿Pero quiénes son los sujetos obligados? El ámbito subjetivo de esta obligación son las

³ Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 2007 (RJ 2007/3648) y de 31 de mayo de 2003 (RJ 2003/5217), entre otras.

⁴ ARTUCH IRIBERRI, E. *El Convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Eurolex, 1997; DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUÍS. “Comentario al art. 9”. En: *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje 60/2003, de 23 de diciembre*. Pamplona: Aranzadi; VERDERA SERVER, Rafael. *El Convenio Arbitral*. Thomson Reuters, 2009.

partes que lo celebran y sus herederos en virtud del artículo 1.257 CC:

“Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley”.

En consecuencia, la jurisprudencia española parte de que el convenio arbitral obliga solamente a las partes, excluyendo a los terceros. Por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de febrero de 2003 (JUR 2004/14182) dispone que:

“El convenio arbitral únicamente podrá desplegar su eficacia con respecto a las partes que lo suscribieron (con la excepción del artículo 7 de la Ley de Arbitraje [RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783]), sin que pueda extender sus efectos vinculantes a terceros que no intervinieron en el mismo (artículo 1257 CC [LEG 1889, 27] y según se desprende de los artículos 1 y 5 de la Ley de Arbitraje), concretamente el codemandado contra el que se ejercita la acción de responsabilidad específica de administrador prevista en el art. 105.5 de la LSRL (RCL 1995, 953), para hacer efectiva su responsabilidad personal solidaria con la sociedad deudora, por las obligaciones dimanantes del contrato de cuentas en participación, que es el título que fundamenta la acción principal ejercitada y que constituye presupuesto de la condena de éste”.

El principio de relatividad de los contratos representaría, de este modo, un límite insalvable a la eficacia del convenio arbitral, pues los terceros en principio no pueden verse afectados por él: no les es aplicable ni a favor ni en su perjuicio. No obstante, anticipamos

que los tribunales españoles admiten, en determinados supuestos, la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros que no lo han suscrito. Y es que la rigidez que parece desprenderse del esquema mencionado no se ajusta a la práctica contractual, donde se emplean figuras e instituciones en las que aparece un tercero que no ha suscrito la cláusula arbitral, ya sea del grupo empresarial de una de las partes de la relación jurídica; o un tercero que interviene en la vida de la relación jurídica por ser parte de contratos y relaciones jurídicas relacionadas, conexos o accesorios; o incluso un tercero subrogado en la posición del firmante. A ello contribuye sustancialmente el hecho que las operaciones comerciales entrañan por lo general diferentes contratos que pueden no estar del todo coordinados en cuanto a los sistemas de resolución de conflictos predeterminados en cada uno.

2.2. Consecuencias de una aproximación estricta

¿Carece de validez la cláusula de sumisión a arbitraje suscrita entre dos partes por el hecho de que un tercero se vea afectado? Evidentemente, el convenio arbitral tendrá efectos y será válido entre quienes son sus partes (es decir, quiénes lo firmaron o aceptaron de otra forma, por ejemplo intercambiando correos electrónicos o incluyendo una referencia expresa a la cláusula arbitral contenida en otro documento).

Respecto de terceros no firmantes, una solución homogénea y estricta, basada en que la parte que no ha firmado el contrato que contiene la cláusula compromisoria no puede participar en

un arbitraje, despojaría de eficacia a la institución del arbitraje en el ámbito de los negocios, y a la voluntad real de las partes que incorporaron la cláusula.

Se trata pues de encontrar el justo equilibrio entre dos caras de una misma moneda. Por un lado, el principio de relatividad de los contratos y el consecuente riesgo de imponer a un tercero un mecanismo de resolución de disputas que no ha escogido. Por otro lado, el riesgo de dividir la contienda, con sentencias y laudos inconciliables, haciendo ineficaz e ineficiente la resolución de disputas relativas a relaciones jurídicas o entre partes evidentemente conectadas.

En la búsqueda de este equilibrio, jueces y árbitros –cada uno en su rol respectivo– han de ser especialmente cuidadosos. Los jueces, para no dejar vacío de contenido el convenio arbitral existente admitiendo su competencia en detrimento de la de los árbitros por el mero hecho de que la contienda afecte a un tercero que no firmó el convenio arbitral en su día. Los árbitros, por su parte, con la vista fijada en la acción de nulidad y el reconocimiento y ejecución de los laudos, que dependen en gran medida de la solución adecuada de esta problemática. Ambas acciones de nulidad y reconocimiento (y sus motivos tasados en las leyes locales de arbitraje y en la Convención de NY) reflejan que la idea inspiradora es el consentimiento: el laudo se anulará cuando el convenio arbitral es inválido o inexistente (artículo 41.1 a) LA) y no se reconocerá y ejecutará de conformidad con el artículo (V.1 c) de la Convención de NY).

Los tribunales españoles han afrontado esta cuestión casuísticamente,

atendiendo a las particularidades y a los hechos del caso concreto. A continuación proporcionamos ejemplos de situaciones habituales en la práctica contractual que suscitan dudas en torno a la eficacia del convenio arbitral. Demuestran que el principio de relatividad de los contratos se ha relajado en determinadas ocasiones en beneficio del arbitraje y de no fragmentar en diferentes pleitos que versan acerca de una misma disputa.

3. SUPUESTOS DE EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL A TERCEROS NO FIRMANTES

Como hemos dicho, los tribunales españoles no ofrecen una solución homogénea a la cuestión de la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no firmantes. A continuación, hemos agrupado en categorías de situaciones, diversos casos tratados por los tribunales españoles. La categorización es doctrinal, ya que, como hemos avanzado, los tribunales afrontan el análisis caso por caso, si agrupar o categorizar.

3.1. Subrogación de un tercero en la posición del firmante del convenio

En virtud de la subrogación un tercero pasa a ocupar la posición jurídica del subrogado en una relación jurídica, adquiriendo los derechos y obligaciones que correspondían al subrogado. De conformidad con los artículos 1210 y ss. del CC, la figura se materializa primariamente en caso de que un tercero pague la deuda que tiene el deudor a su acreedor, en cuyo caso opera la subrogación en los derechos

de crédito de dicho acreedor frente al deudor, pero también frente a fiadores y poseedores de hipotecas.

En caso de que el acreedor subrogado haya suscrito un contrato que contiene un convenio arbitral se plantea la cuestión de si el tercero queda vinculado por la misma en caso de que se plantee una controversia.

El ámbito donde se plantea con más asiduidad esta situación es en la práctica el de los seguros, en el que la subrogación reúne determinadas particularidades. Concretamente, se plantea esta cuestión cuando una parte que ha suscrito un contrato con cláusula arbitral ha tomado un seguro y sufre un daño en el marco del contrato cubierto por dicho seguro. Una vez sufrido el daño, la compañía aseguradora sufraga la indemnización, en virtud de la póliza, y con base en el artículo 43 de la Ley 50/1980 de Contrato de Seguro “podrá ejercitar los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización” (en términos similares, artículo 780 del Código de Comercio). ¿Está vinculada la compañía aseguradora por el convenio arbitral existente en el contrato entre el asegurado y el causante del daño?

La jurisprudencia ha sostenido una posición favorable a la eficacia del convenio arbitral sobre el subrogado (es decir, la compañía aseguradora). La doctrina sentada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 1993 (RJ 1993/7514) ha sido con posterioridad aceptada como pacífica por el Tribunal Supremo:

“En el ámbito del seguro marítimo al que es aplicable el Código de Comercio según reiterada doctrina de esta Sala, el art. 780 del Código de Comercio claramente especifica que, una vez pagada por el asegurador la cantidad asegurada, ‘se subrogará en el lugar del asegurado para todos los derechos y obligaciones que le correspondan’. Por tanto, 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 SA’, la asegurada, sí la consintió lo mismo que todo el Conocimiento de Embarque afectante a la mercancía que debía transportar ‘Canada 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’”.

Nótese que el Tribunal Supremo distingue entre la subrogación, en cuya virtud el tercero se sitúa en la posición jurídica del subrogado, y la mera acción de repetición, en que beneficiario no acoge derechos y obligaciones del acreedor original. En el primer caso el convenio arbitral le vincularía, por imperativo legal, mientras que en el segundo caso no, por tratarse de acciones y relaciones jurídicas diferentes. Y la Ley de Contrato de Seguro ha optado por el primer caso.

“Otra cosa sería si el asegurador, para reintegrarse, tuviese un simple derecho de repetición contra los deudores;

entonces, al ser su acción independiente de la que corresponde al asegurado, no está vinculado por lo convenido por éste. Pero la Ley utiliza la subrogación para aquella finalidad de reintegro, con el efecto de «transferir al subrogado el crédito con los derechos a él anexos, ya contra el deudor, ya contra los terceros, sean fiadores o poseedores de hipotecas» (art. 1212 del Código Civil). La S. 11-11-1991 (RJ 1991\8152) así lo ha interpretado con relación al seguro marítimo”.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de julio de 2003 (RJ 2003/4324) ha sostenido idéntica posición:

“Tal como dicen las sentencias de 13 de octubre de 1993(RJ 1993, 7514) y 6 de febrero de 2003(RJ 2003, 850), la cláusula de sumisión expresa consentida por la asegurada es oponible a la aseguradora que, conforme al artículo 780 del Código de Comercio(LEG 1885, 21) se subroga en su lugar en virtud del pago. Y, asimismo, las de 23 de julio de 2001(RJ 2001, 7526) y la misma de 6 de febrero de 2003(RJ 2003, 850) añaden: ‘el denominado arbitraje internacional bien puede decirse que ha conocido el éxito debido a su necesidad, en razón a que el comercio internacional exige una seguridad y rapidez en las transacciones, así como la urgente solución de los conflictos mediante simples y a la par eficaces técnicas, eludiendo la complicación y la lentitud de las jurisdicciones estatales’”⁵.

Es relevante la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008 (RJ 2009/8), en cuanto a la distinción entre la subrogación prevista en el artículo 43 de la Ley de contrato de Seguro y la acción directa del asegurado frente a la aseguradora prevista en el artículo 76 que le permite dirigirse frente a la compañía aseguradora sin reclamar previamente al causante. La primera queda cubierta por el convenio arbitral, no así la segunda:

“Si bien dicho razonamiento es aplicable a Fiatc que intervino en el proceso por subrogación de su asegurada Europastry, S. A., en ejercicio de la acción de reintegro del art. 43 LCS no es aplicable a la otra compañía aseguradora Catalana Occidente, S. A., que no litiga como subrogada en la posición contractual de su asegurada Infrisa, sino que fue llamada al proceso por el ejercicio de la acción directa del art. 76 LCS, acción autónoma y distinta de la ejercitada contra su asegurada, ya que no nace del contrato suscrito entre ésta y la otra parte litigante donde se contenía la cláusula arbitral, sino que deriva de la propia Ley, cuyos límites y contenido se encuentran en la póliza de seguro que mantiene con su asegurado”.

Aun dentro del ámbito del contrato de seguro, la doctrina⁶ no sostiene una posición unitaria, aunque prevalece aquella favorable a la extensión de los efectos del convenio arbitral a la aseguradora en base

⁵ En términos similares, la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2003 (RJ 2003/850).

⁶ GASPAR LERA, Silvia. *El ámbito de aplicación del arbitraje*, Aranzadi, 1998, entiende que el subrogado no queda vinculado por el convenio dado que requiere un consentimiento personalísimo que no es transmisible por el mero hecho de la subrogación; VERDERA SERVER, Rafael. *El Convenio Arbitral*. Thomson Reuters, 2009. Se pronuncia a favor de la arbitrabilidad con base en la supresión en la Ley de Arbitraje de 2003 de la exigencia de carácter inequívoco de la voluntad de sumisión a arbitraje; AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Universidad de Santiago de Compostela, 2001, se manifiesta a favor de la subrogación.

a que se trata de una novación subjetiva, con cambio del acreedor, con lo que la obligación persiste en sus términos originales, como demuestra el hecho que el deudor puede oponer al asegurador las excepciones que tuviera frente al acreedor original.

No conocemos casos resueltos por los tribunales españoles que traten de la subrogación fuera del ámbito del contrato de seguros. En nuestra opinión, la solución debería ser la misma: el convenio arbitral sería vinculante y eficaz frente al tercero subrogado, salvo que las partes originales del contrato y el tercero hubieran pactado, además, la exclusión o modificación del convenio arbitral.

Finalmente, la subrogación puede ocurrir también *ope legis* en caso de sucesión universal por fusión, escisión o cesión global de activos y pasivos. En estos casos, se produce una transmisión global y en bloque de todas las relaciones jurídicas de la entidad escindida o absorbida. La adquirente queda subrogada en dichas relaciones jurídicas por virtud de la ley y entendemos que le será de aplicación el convenio arbitral que contengan los contratos que regulen dichas relaciones.

3.2. Pluralidad de contratos y de partes

La práctica también ha suscitado la cuestión de si un convenio arbitral incluido en un contrato vincula o no a un tercero que asume la posición de

garante de las obligaciones de una de las partes de ese contrato. O el tercero asume obligaciones de carácter accesorio, como depositante del precio con el mero deber de liberarlo en función del cumplimiento de determinados hitos.

Si las obligaciones del tercero están contenidas en el contrato principal, evidentemente no se suscita ninguna duda en torno a la eficacia obligacional de la cláusula frente a este tercero, que en puridad deja de serlo. Las dudas se suscitan cuando las obligaciones relativas a la garantía o al depósito se encuentran en un contrato diferente, del que por lo general también forman parte las partes del contrato principal, y que puede tener cláusula arbitral, puede no tenerla, o puede tener una cláusula arbitral diferente.

El Tribunal Supremo, en su sentencia de 26 de mayo de 2005 (RJ 2005/4140), resolvió esta cuestión en una disputa a la que subyacía el siguiente esquema contractual: un contrato principal que contiene una cláusula arbitral y un contrato subsidiario que no la contiene, en el que participa un tercero garantizando la deuda dimanante de las obligaciones principales. La conexión entre ambos no genera dudas, por la accesoriedad del segundo y es que la causa del segundo reside en el primero⁷.

En este caso, dos empresas, ITSA y Satcom, suscribieron el 31 de julio de 1992 un contrato en virtud del cual Satcom suministraría a ITSA componentes para desarrollar un sistema de televisión activa en España. El 14

⁷ Véase un comentario a esta sentencia de los autores que suscriben, *The binding effect of an arbitration clause on the signatories of an ancillary contract: the Spanish Supreme Court Approach*. IBA Legal Practice Division. Arbitration Committee Newsletter, September 2008.

de agosto de 1992, en otro contrato, el BBVA garantizó mediante aval bancario el cumplimiento de las obligaciones de pago de ITSA a Satcom reflejadas en el referido contrato de 31 de julio de 1992, hasta una cuantía de 901.518,16 euros. El contrato de compraventa contenía una cláusula arbitral, a diferencia del aval, que no tenía ninguna cláusula de resolución de disputas.

El Juzgado de Primera Instancia número 13 de Barcelona desestimó la excepción de arbitraje planteada por la parte vendedora mediante de auto de 24 de febrero de 1997. El Juzgado rechazó el argumento de la demandante de que la entidad bancaria no era parte del contrato que incluía el convenio arbitral y se basó en la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje señalando en el fundamento de derecho tercero de su auto que:

“Ambas partes decidieron someter sus controversias a arbitraje, pactándolo así en el contrato que ha servido de base a sus relaciones comerciales y a las derivadas de las mismas, entre las que se incluye la constitución de un aval por BBVA”.

La Audiencia Provincial de Barcelona confirmó la decisión del Juzgado de instancia mediante auto de fecha 16 de noviembre de 1998, señalando que:

“La cuestión esencial estriba en determinar si la presencia en el pleito del codemandado BBVA es suficiente para excluir la aplicación de la cláusula debatida ya que dicho codemandado no fue parte en el contrato que la contiene; y al efecto basta con precisar que dicho codemandado es un avalista del actor y la pretensión que presuntamente se ejercita en la demanda en su contra, consiste, precisamente, en que se deje

sin efecto dicho aval como consecuencia de la resolución del contrato principal que también se postula en relación con la otra codemandado, es decir, dicho avalista no es propiamente un “demandado”, sino, por el contrario, un interesado en el éxito de la acción entablada por el deudor principal ya que pretende, en definitiva eludir el cumplimiento de su obligación de afianzamiento, hecho que se ha visto ratificado con su actuación procesal consistente en allanarse a la demanda y, en definitiva, al estimarse que su llamada al pleito ha sido buscada de propósito para intentar eludir un convenio arbitral libremente pactado y que en ningún caso se trataría de un supuesto de litisconsorcio necesario”.

Nótese que la aproximación que hace la Audiencia Provincial se centra únicamente en la posición e interés que tiene el banco (tercero no firmante del convenio arbitral) en el pleito y en el abuso que la parte demandante hace al acudir a los tribunales en lugar de al arbitraje. Para la Audiencia la cuestión es si realmente el tercero (en este caso, el banco) es parte de la disputa. Como no lo es, porque se allana a la demanda, acaba concluyendo la Audiencia que debe prevalecer el arbitraje ya que, de hecho, la disputa es solamente entre las dos partes del convenio arbitral. La Audiencia no hace ninguna mención a la conexión de los contratos ni tan siquiera a la extensión de los efectos de la cláusula arbitral al banco. La pregunta es: ¿se hubiese alcanzado la misma solución si el litisconsorcio pasivo hubiera sido necesario —es decir, si la presencia del banco en el pleito hubiera sido necesaria legalmente, por afectar a sus intereses—?

La aproximación que hace el Tribunal Supremo español llega a la misma conclusión pero por un camino distinto al

de la Audiencia Provincial de Barcelona, y acude, como argumento principal, a la doctrina de la “transmisión del convenio arbitral”:

“En efecto, 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 exposición de motivos 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”.

El Tribunal Supremo fundamenta su decisión en doctrinas pro arbitraje, si bien bajo una argumentación basada en instrumentos y doctrinas estrictamente contractuales y no a argumentos económicos y transaccionales de la propia operación.

En primer lugar el Tribunal menciona la doctrina de la “transmisión del convenio arbitral” para extender la eficacia de la cláusula arbitral al aval. Esta doctrina establece que los no firmantes quedan vinculados por la cláusula arbitral si el contrato que la contiene reconoce derechos a favor de los mismos. Aparentemente, para el Tribunal la mera referencia es decisiva para la obligatoriedad, por encima del hecho que exista un contrato accesorio del que el tercero es parte.

En segundo lugar, el Tribunal Supremo toma en consideración la implicación del tercero en la implementación o ejecución de las obligaciones contractuales contenidas en el contrato principal a los efectos de reputarle vinculada. Si bien no se menciona expresamente, subyace a esta consideración el hecho que los dos contratos conforman una única transacción integrada por más de un contrato y múltiples intervinientes, que quedan vinculados.

Finalmente, el Tribunal Supremo menciona la doctrina de la incorporación por referencia, que encuentra acomodo en la LA y que es aquella que “no consta en el documento contractual principal, sino en un documento separado, pero se entiende incorporada al contenido del primero por la referencia que en él se hace al segundo”⁸. Es decir, si el documento de

⁸ Exposición de Motivos (exponendo 3) de la LA.

garantía identifica de cualquier modo la obligación garantizada, se asume que esta identificación realizada por referencia al contrato principal que contiene la cláusula arbitral, lo que permite que el garante quede vinculado por el convenio arbitral.

Si bien el tercero afectado es el garante, idéntico razonamiento puede predicarse de un contrato accesorio de depósito o *escrow*, de uso común en la práctica comercial, y en el que el tercero se limita a liberar el precio depositado en función de unos criterios establecidos en el mismo.

En cuanto a la doctrina, VERDERA SERVER, R⁹ defiende una solución caso por caso, si bien salvo en caso que el garante o depositario conozca “exhaustivamente” el contrato principal, más allá de las obligaciones básicas, entiende que no cabe la vinculación del convenio arbitral. Los autores de este comentario consideran que la extensión es recomendable en la medida en que el aval no contenga una cláusula del todo incompatible como podría ser una sumisión expresa a tribunales y los derechos y obligaciones del tercero no se vean sustancialmente afectados.

3.3. Grupo de empresas

La problemática planteada en torno a la eficacia del convenio arbitral para

grupos de empresas ha sido ampliamente tratada desde una perspectiva doctrinal, en el sentido de si el convenio arbitral contenido en el contrato suscrito por una empresa vincula a las entidades integrantes del mismo, con personalidad jurídica diferente, que no suscribieron el contrato ni la cláusula, pero que han tenido algún grado de participación en el contrato afectado por la cláusula.

En puridad, la doctrina parte de la premisa de que, partiendo de una posición restrictiva, es necesario realizar un análisis caso por caso de los hechos¹⁰ para poderse pronunciar, de modo que ni puede afirmarse la vinculación automática ni la contravención al principio de relatividad de los contratos¹¹. La doctrina ha afirmado que habrá que estar a los hechos concretos que se acrediten y analizar si cabe deducirse una “aceptación tácita” del arbitraje por el resto de empresas del grupo que permita aplicarles el convenio y que las empresas de personalidad jurídica distinta no pueden quedar vinculadas por el convenio arbitral salvo que hayan participado en las negociaciones del contrato, se vean afectados por el contenido obligacional del mismo, o se acredite que las firmantes la representaban de uno u otro modo, siempre bajo un prisma restrictivo¹².

En cuanto a la jurisprudencia, hemos conocido un supuesto en que nuestros

⁹ VERDERA SERVER, Rafael. *El Convenio Arbitral*. Thomson Reuters, 2009.

¹⁰ PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*. Aranzadi, 2005.

¹¹ AGUILAR GRIEDER, Hilda. *La extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Universidade de Santiago de Compostela, 2001.

¹² CORDÓN MORENO, Faustino. *El arbitraje en el derecho español: interno e internacional*. Aranzadi; GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen. “Comentario al art. 9”. En: *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*. Bosch, 2004.

tribunales han rechazado la aplicación de esta doctrina como vía para extender la eficacia de un convenio arbitral a una empresa del grupo no firmante del mismo. Un análisis de los hechos confirma, creemos, la bondad de esta solución en este caso¹³.

Además del principio de relatividad de los contratos, la autonomía de la voluntad y la literalidad como criterio interpretativo prioritario que refleja la voluntad de las partes ex artículo 1281 CC son elementos que restringen el campo de aplicación de esta doctrina. No olvidemos que en el comercio internacional los contratos sujetos a arbitraje por lo general son negociados por empresas de cierta relevancia, y las partes han estado asesoradas permanentemente en la negociación. Por ello, en la labor interpretativa, el tenor literal del contrato y las partes específicas que lo han suscrito tienden a reflejar la voluntad real de las partes. En otras palabras, el intérprete se permite, no sin base y fundamento, presumir que las partes diseñaron el contrato como lo estimaron oportuno, con lo que una interpretación extensiva de esta doctrina para incluir en el convenio arbitral empresas del grupo de una de las partes no aparece como adecuada salvo que existan hechos que de forma contundente indiquen lo contrario.

El Tribunal Supremo ha afrontado la extensión de los efectos de convenio arbitral a empresas del grupo de una de las partes firmantes a través de la teoría del levantamiento del velo, mezclándola con elementos de la teoría del grupo

de compañías. Un ejemplo de ello lo constituye el Auto del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998 (RJ 1998/9228) por el que el Tribunal Supremo resuelve una oposición a la solicitud de *exequátur* de un laudo arbitral extranjero. El Tribunal rechaza la alegación de falta de sumisión al arbitraje y escoge como punto de partida la búsqueda del consentimiento de las partes involucradas en la disputa respecto del convenio arbitral. Así, el Tribunal Supremo afirma que para verificar la existencia de un convenio arbitral “la sala no ha escatimado su esfuerzo hermenéutico hacia la búsqueda de la voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje [...]”. Bajo esta orientación concluye en la existencia del pacto de sumisión a arbitraje con respecto de una filial (tercero no firmante) de una de las partes del convenio arbitral, tomando en consideración las circunstancias de hecho y actos propios de ejecución del contrato objeto de la controversia:

“Las dos sociedades en cuestión, tuvieron el mismo administrador único, el mismo domicilio social e incluso, un objeto social coincidente en gran medida, circunstancias éstas que permiten llegar al convencimiento de que una de las sociedades, sin duda participada por la otra, constituía una entidad instrumental de ésta en las operaciones comerciales como es usual en el tráfico mercantil; y ciertamente, así las cosas, tanto la equidad como la buena fe aconsejan penetrar en el substratum de las sociedades con el fin de evitar que, como decían las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984, 1 de diciembre

¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 4 de junio de 2001 (AC 2001/1393).

de 1995 y 24 de marzo de 1997, entre otras, al socaire de la forma legal y propia personalidad jurídica, se puedan perjudicar intereses públicos o privados, o bien ser utilizada como camino al fraude (...) en daño ajeno o de los derechos de los demás”.

3.4. Convenio arbitral incluido en los estatutos sociales

Se ha planteado la eficacia del convenio arbitral incluido en los estatutos sociales de una compañía, en cuya virtud las disputas entre sus socios o administradores, la impugnación de acuerdos sociales inclusive, se someten a arbitraje. Esta situación ha merecido especial atención de la doctrina¹⁴.

Desde la década de los 1990, en España se superaron las reticencias a la arbitrabilidad de esta materia. El Tribunal Supremo y la Dirección General de los Registros y del Notariado han aceptado las cláusulas arbitrales sin ningún género de duda, basándose en el principio de que el carácter imperativo de la normativa societaria no impide su carácter negocial y por tanto su arbitrabilidad¹⁵.

En cuanto a los efectos del convenio arbitral incluido en los estatutos de una sociedad, no se plantea ningún problema respecto de su eficacia y validez frente a los

nuevos socios que se incorporan al capital de la sociedad que ya tiene el convenio arbitral en sus estatutos sociales.

La solución es distinta cuando hay una modificación de los estatutos sociales y se incorpora a ellos ‘ex novo’ un convenio arbitral. El Tribunal Supremo mediante Sentencia de 9 de julio de 2007 (RJ 2007/4960) introdujo restricciones para reforzar el consensualismo. De una posición maximalista en que, con base en el principio de publicidad registral, se consideró que el convenio estatutario vinculaba a todos los socios, también los futuros¹⁶, a raíz de esta sentencia se exige que todos los socios afectados deben dar su consentimiento a una modificación de los estatutos sociales que comporte la sumisión a arbitraje de conflictos sociales como la impugnación de acuerdos sociales para que sea válido. De esta manera, si se alcanzan las mayorías necesarias para aprobar esta modificación de los estatutos, sólo afectará a los socios que hayan consentido el convenio. En cambio, no están vinculados por el convenio arbitral los socios que no asistieron a la Junta que aprobó esta modificación ni los que votaron en contra de la misma. El Tribunal Supremo trata de exigir en sede de sociedades idénticos requisitos que para un convenio ordinario aplicando la regla que impera en el derecho de sociedades español según la que, cuando

¹⁴ VERDERA SERVER, Rafael, p. 56; CARAZO LIÉBANA, María José. *El arbitraje societario*. Marcial Pons, con carácter monográfico.

¹⁵ Sentencias del Tribunal supremo de 18 de abril de 1998 (RJ 1998/2984) de 30 de noviembre de 2001 (RJ 2001/9855) y Resolución de la Dirección General del Registro y del Notariado de 19 de febrero de 1998 (RJ 1998/1118).

¹⁶ Esta postura se ha sostenido en varias Sentencias del Tribunal Supremo, como la de 18 de abril de 1998 (RJ 1998/2984) y la de 30 de noviembre de 2001 (RJ 2001/9855) y Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de septiembre de 2002 (JUR 2003/22969).

una modificación de estatutos afecte a los derechos de los socios, es necesario que éstos otorguen su consentimiento y acepten dicha afectación.

“Configurando los requisitos del convenio arbitral, el artículo 5 LA 1988 (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783), aplicable por razones temporales al supuesto enjuiciado, exige que el convenio arbitral exprese «la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de estas cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de uno más árbitros, así como expresar la obligación de cumplir tal decisión”.

Este precepto debe interpretarse en estrecha relación con el principio de autonomía de la voluntad en que se funda la institución del arbitraje según la jurisprudencia constitucional.

[...]

Debe concluirse, en consecuencia, que el arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales en cuanto la misma no sea absolutamente indispensable (siempre que la parte interesada invoque oportunamente la cláusula arbitral), y de ahí la formulación por la LA (RCL 1988, 2430 y RCL 1989, 1783) del principio de exclusión de la intervención judicial, cuyos inconvenientes se compensan con los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser de la institución.

La conclusión a que debe llegarse es que la modificación de los estatutos de una sociedad que comporte una sumisión a arbitraje para resolución de los conflictos sociales o una ampliación de su ámbito objetivo, en cuanto comporta una forma de restricción o limitación del derecho a la tutela judicial efectiva que puede hacerse valer por la vía

del amparo, según la jurisprudencia constitucional que acaba de exponerse, exige el requisito de la aceptación de los afectados.

En el caso examinado resulta evidente que la cláusula arbitral se adoptó sin el consentimiento de los demandantes, dos de los cuales habían sido excluidos como socios y otro votó en contra, por lo que frente a ellos no puede ser opuesta con buen éxito la excepción correspondiente, pues la cláusula arbitral que habían aceptado es la contenida en los estatutos originarios, la cual expresamente excluía la impugnación de los acuerdos sociales”.

Aunque comprensible y justificada desde una perspectiva contractualista, la solución del Tribunal Supremo conlleva una grave disfunción para esta sociedad que tendrá que discutir sobre la validez de sus acuerdos sociales con unos socios en un procedimiento arbitral y con otros (los que no votaron o se opusieron a la modificación estatutaria para incluir el convenio arbitral) ante un juez. Además de dividir la contienda, se crea un riesgo de soluciones contradictorias a un mismo litigio. Quizás el remedio debería darlo en este caso el legislador, estableciendo un derecho de separación a favor del socio que no haya dado su consentimiento a este tipo de modificaciones estatutarias.

En todo caso, hay que tener en cuenta que los antecedentes de hecho de este caso presentan sus particularidades. El acuerdo de modificar el convenio arbitral contenido en los estatutos de la sociedad, extendiendo su ámbito objetivo a la impugnación de acuerdos sociales, se adopta juntamente con el acuerdo de expulsar a unos socios. Creemos que ello ha podido tener un efecto en la solución de este caso, ya que claramente la modificación del convenio

arbitral va dirigida a afectar los derechos de los socios excluidos de la compañía (obligándoles a atacar el acuerdo de su expulsión por una vía distinta a la que estaba vigente antes de dicha expulsión). Esperemos que la doctrina sentada en esta sentencia evolucione hacia una mayor efectividad del arbitraje en el ámbito societario.

3.5. Mandato y representación

La jurisprudencia se ha mostrado reticente a aceptar la validez del convenio arbitral en los contratos celebrados por representantes, para con el representado. Y es que el artículo 1713 CC plantea restricciones relevantes de forma expresa, poco coherentes con los requisitos del convenio arbitral conforme a la LA.

“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 compoedores”.

La problemática se centra en aquellos supuestos en que el poder faculta a celebrar un contrato, pero no se refiere de forma expresa al convenio arbitral.

La jurisprudencia no ostenta un criterio homogéneo. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de

18 de julio de 1995 negó la eficacia del convenio arbitral por entender que el consentimiento no se extendía a él, con base en el artículo 1713 CC:

“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 artículo 1713 CC, sino que, al pretender apoyarse en el principio de que quien puede más puede lo menor, olvida que el convenio arbitral no es respecto del contrato en el que se inserta un minus sino un alius”¹⁷.

En cualquier caso, la problemática podría subsanarse mediante la ratificación del convenio arbitral del mandatario que carece del debido poder con amparo en el artículo 1259.2 del CC¹⁸.

Por su parte, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 21 de noviembre de 2002 (JUR 2003/106370) entendió que, de conformidad con el espíritu de la LA, lo relevante es la existencia de una voluntad clara de someter la controversia a arbitraje, sin perjuicio de un mandato expreso exigido por el artículo 1713 CC:

“En definitiva, lo verdaderamente importante es que existe una voluntad clara de las partes de esta contienda judicial de someterse a arbitraje al estar de acuerdo con la renuncia a la jurisdicción ordinaria como medio ordinario de solución de los posibles conflictos o divergencias, sin que sea obstáculo para ello el que el Presidente

¹⁷ Transcripción tomada de RVDPA, 1997, núm. 1, pp. 172-173, según nota 94 de Verdera Server, Rafael.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 1986 (RJ 1986/6066).

de la Comunidad carezca de mandato expreso de los copropietarios para someter la cuestión a árbitros (artículo 1713 CC), pues:

- la suscripción del contrato de ejecución de obras debe considerarse en su totalidad, en el sentido de que todas las cláusulas vinculan a ambas partes y no solamente algunas,
- el Presidente de la Comunidad no es exactamente un mandatario del resto de copropietarios sino el órgano que ostenta la representación de la Comunidad”.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

En un mundo donde las relaciones comerciales son cada vez más complejas, la tarea de jueces y árbitros en la determinación del ámbito subjetivo del convenio arbitral es fundamental para preservar tanto la naturaleza como la eficacia del arbitraje como medio alternativo de resolución de disputas comerciales. En esa tarea se conjuga el mantenimiento de un principio fundamental del derecho de los contratos, como es el de su relatividad (es decir, su eficacia entre las partes) y la preservación de la existencia y eficiencia de la institución del arbitraje.

Los tribunales españoles han enfocado esta cuestión de una forma respetuosa de la institución arbitral, para preservar su existencia y su eficaz funcionamiento.

Por el momento, los tribunales españoles no han recurrido a doctrinas o instrumentos de carácter económico o transaccional para extender la eficacia del convenio arbitral a terceros no firmantes. Su labor se ha enfocado claramente desde una perspectiva contractual. Los tribunales españoles acuden a las herramientas que el propio derecho de contratos español ofrece para decidir, caso por caso, cuando un tercero no firmante del convenio arbitral se ha adherido a él y, por tanto, ha devenido parte y sujeto vinculado por el convenio.

En el desarrollo de esta tarea por jueces y árbitros, los abogados tenemos un rol fundamental. Podemos facilitar en buena medida esta tarea al asesorar a las partes del contrato en el curso de su negociación, aconsejando cláusulas de resolución de disputas compatibles y armónicas en contratos conexos que integren una transacción económica compleja pero única. Ciertamente es que en el momento de la negociación y suscripción de los contratos no es siempre fácil ni posible avanzar todas las posibles y múltiples hipótesis de conflictos que pueden aparecer en el futuro de la relación que se negocia. Pero cuanto más experiencia acumulan las empresas en el tráfico jurídico y sus abogados, mayor es el deber de facilitar una cierta armonía en los mecanismos de resolución de disputas que posibiliten un nivel de eficiencia y eficacia aceptable.

RESOLVIENDO CUESTIONES COMPLEJAS CON NORMAS ALAMBRICADAS: LA REGULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN ESPAÑA^(*)

CARLOS ESPLUGUES MOTA ^(**)

SUMARIO: 1. De una presencia que históricamente ha sido puramente virtual: la institución del arbitraje en la realidad jurídica española. 2. Principios básicos sobre los que se articula la Ley española de Arbitraje de 2003: regulación conjunta del arbitraje interno y del arbitraje internacional. 3. El convenio arbitral en la Ley española de Arbitraje de 2003: planteamientos de base. 4. El ámbito de aplicación del artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje. 4.1. Introducción. 4.2. Materias excluidas del ámbito de aplicación del artículo 9.6 de la Ley española de Arbitraje. 4.2.1. Primera cuestión: la capacidad para concluir el convenio arbitral. 4.2.2. Segunda cuestión: la forma del convenio arbitral. 4.3. Cuestiones incluidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 9.6 L.A. 5. Las concretas soluciones recogidas en el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje. 6. La relación existente entre el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje y los cinco primeros apartados del mencionado artículo 9 de la Ley de Arbitraje. 6.1. Premisas de partida. 6.2. Las soluciones comparadas. 6.3. La solución tradicionalmente mantenida en España. 7. A modo de conclusión.

1. DE UNA PRESENCIA QUE HISTÓRICAMENTE HA SIDO PURAMENTE VIRTUAL: LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE EN LA REALIDAD JURÍDICA ESPAÑOLA

1. El arbitraje ha sido conocido en España desde la antigüedad. Se trata

de una institución presente ya en el Derecho romano que aparece recogida con posterioridad en el Breviario de Alarico (año 506 D.C.), el *Liber Iudiciorum* (año 654), el Fuero Real (año 1252) o en Las Partidas de Alfonso X el Sabio (año 1265)¹, entre otras, y, más recientemente, se hace referencia a ella en la Constitución Española

^(*) Artículo elaborado en el marco del proyecto I+D MEC/SEJ2007-64594: "Hacia una cultura de las ADRs: de la mediación al arbitraje".

^(**) LLM (Harvard), MSc (Edinburgh). Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valencia (España).

¹ BARONA VILAR, S. "Introducción". En: BARONA VILAR, S. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley 60/2003*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 47-48.

de 1812 o en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881².

Esta histórica y continua presencia de la institución del arbitraje en nuestro ordenamiento jurídico, empero, no se ha traducido en un recurso habitual al mismo en la práctica diaria. El arbitraje ha sido históricamente un instituto dotado de una escasísima presencia en nuestro país. Varios argumentos de distinta naturaleza han favorecido esta lamentable situación. El hecho de que en España haya habitualmente imperado más una cultura de litigio que una cultura de transacción, el aislamiento cultural, social y económico en que se ha encontrado el país durante décadas o la histórica desconfianza del Estado y de los jueces hacia una institución, como es el arbitraje, basada en la libertad de las partes han coadyuvado, entre otras causas, a esta ausencia de utilización en la práctica³.

2. El legislador español, consciente quizás de esta situación, ha promulgado hasta 3 leyes de arbitraje distintas en los últimos 50 años. Tres leyes surgidas en momentos históricos claramente diferentes y que han contado con objetivos propios y diferenciados. Una primera, la Ley de Arbitraje Privado de 22 de diciembre

de 1953⁴, aprobada en pleno régimen de Franco y, por lo tanto, tremendamente restrictiva hacia el uso del arbitraje. Otra segunda, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje⁵, promulgada recién entrada España en la actual Unión Europea y cuyo objetivo fue expandir la utilización de arbitraje en la sociedad. Por último, la actual Ley 60/2003 de Arbitraje⁶, aprobada en unos momentos en los que el país ha alcanzado un nivel de desarrollo económico y presencia internacional jamás antes conocido en su historia y que busca, esencialmente, convertir a España en un centro internacional de Arbitraje⁷.

3. Con este objetivo de convertir a España en un centro internacional de arbitraje, la Ley 60/2003, de Arbitraje, de diciembre de 2003, se vincula directamente a la Ley Modelo de la CNUDMI sobre arbitraje comercial internacional en cuanto texto que constituye un standard mínimo en el ámbito arbitral. La propia Ley de Arbitraje afirma de forma expresa en su Exposición de Motivos que: “*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 (...)*”⁸.

² BARONA VILAR, S. y ESPLUGUES MOTA, Carlos. “Introducción”. En: BARONA VILAR, S. y ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Arbitraje (Legislación básica)*. Valencia: Editorial Tirant lo blanch, 2004, pp. 1 y ss.

³ BARONA VILAR, S. “Arbitraje en España: a la búsqueda de un lugar adecuado en el marco de la Justicia”. En: BARONA VILAR, S. (Coord.). *Arbitraje y Justicia en el Siglo xxi*. Cizur Menor: Civitas, 2007.

⁴ BOE nº. 358, de 24 de diciembre de 1953.

⁵ BOE nº. 293, de 7 de diciembre de 1988.

⁶ BOE nº. 309, de 26 de diciembre de 2003.

⁷ Vid. ESPLUGUES MOTA, Carlos. “Artículo 3”. En: BARONA VILAR, S. (Coord.). *Comentarios... Op. cit.*; p. 77; BARONA VILAR, S. “Arbitraje en España...”, *Op. cit.*; pp. 39 y ss.

⁸ Exposición de Motivos, pto. I.

Esta vinculación existente entre la Ley española de Arbitraje y la Ley Modelo es prácticamente total, hasta el punto de que la Ley de 2003 opta, como principio de base, por reproducir de forma generalizada el tenor de la Ley Modelo. Tan sólo en algunos aspectos concretos, el legislador español decide incorporar ciertas alteraciones a la misma: significativamente, la problemática de la ley reguladora del convenio arbitral es, como más adelante se verá, una de ellas.

2. PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LOS QUE SE ARTICULA LA LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE DE 2003: REGULACIÓN CONJUNTA DEL ARBITRAJE INTERNO Y DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL

4. En claro contraste con lo que en su momento hizo la Ley de Arbitraje de 1988⁹, la Ley 60/2003 de Arbitraje opta por incorporar una regulación común al arbitraje interno y al arbitraje internacional. Toma, pues al paradigma del monismo como premisa básica de la regulación en ella incorporada¹⁰. Esta idea, que no es contraria al hecho de que la Ley Modelo, texto de referencia de la Ley española, esté específicamente dedicada al Arbitraje comercial internacional¹¹, es

recogida en la propia Exposición de Motivos de la Ley, en la que se manifiesta clara y taxativamente en tal sentido al afirmar que *“en lo que respecta a la contraposición entre arbitraje interno y arbitraje internacional, esta ley opta claramente por una regulación unitaria de ambos. Dentro de lo que se ha dado en llamar la alternativa entre dualismo (que el arbitraje 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. Son pocas y muy justificadas las normas en que el arbitraje internacional requiere una regulación distinta de la del arbitraje interno”*¹².

Plenamente coherente con ello, el artículo 1 de la Ley, rubricado *“Ámbito de aplicación”*, dispone en su primer apartado que: *“Esta ley se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional, sin perjuicio de lo establecido en tratados de los que España sea parte o en leyes que contengan disposiciones especiales sobre arbitraje”*.

5. En la práctica, esta opción implica que el modelo español de arbitraje sea en términos generales exactamente igual

⁹ ESPLUGUES MOTA, Carlos. “Artículo 3”. *Op. cit.*; pp. 146 y ss.

¹⁰ Para una aproximación global a la misma, considérese ESPLUGUES MOTA, Carlos: “Arbitraje comercial internacional”. En: ESPLUGUES MOTA, Carlos y J.L. IGLESIAS BUHIGUES. *Derecho internacional privado*. 3ra Edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008, pp. 162 y ss.

¹¹ Vid. UNCITRAL: “Nota de la Secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional”; <http://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/ml-arb/ml-arb-s.pdf>, p. 22, n. 9: “Aunque la uniformidad sólo es necesaria respecto de los casos internacionales, los Estados pueden tener también interés en actualizar y perfeccionar la ley de arbitraje en relación con los casos que no tengan ese carácter y proceder, en función de ese interés, a promulgar una legislación moderna basada en la Ley Modelo para ambos tipos de casos.”

¹² Exposición de Motivos, pto. II.

en lo referente al arbitraje interno y al arbitraje internacional. Tan sólo se procede a introducir un conjunto escaso de alteraciones a esta regla general en relación con aspectos concretos del arbitraje internacional. En concreto, en relación con la aplicación extraterritorial de diversos preceptos de la Ley –artículo 1.2¹³–, del papel jugado por los Estados en el arbitraje internacional –artículo 2.2¹⁴–, del carácter internacional del arbitraje –artículo 3¹⁵–, de la ley reguladora del convenio arbitral y de la arbitrabilidad en el arbitraje internacional –artículo 9.6¹⁶–, de la ley aplicable al fondo del litigio en el arbitraje internacional –artículo 34.2¹⁷– y, por último, del régimen del reconocimiento y ejecución en España de los laudos extranjeros –artículo 46¹⁸–.

Estas alteraciones, además, se ciñen generalmente a la filosofía y soluciones recogidas en la Ley Modelo de la CNUDMI de 1985. La Ley de Arbitraje española tan sólo incorpora ciertas mínimas excepciones: la solución prevista en el artículo 9 de la Ley en relación con la regulación del convenio arbitral es, precisamente, una de las más significativas y relevantes de entre ellas.

3. EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE DE 2003: PLANTEAMIENTOS DE BASE

6. La Ley española de Arbitraje de 2003 regula el convenio arbitral en su artículo 9. El precepto, tal y como hace la Ley Modelo de 1985 y las modernas regulaciones nacionales e internacionales en la materia, asume como punto de partida la íntima vinculación existente entre el arbitraje y la voluntad de las partes¹⁹. El convenio de arbitraje refleja la voluntad –cierta– de las partes de someter sus controversias a arbitraje y, por lo tanto, es esencial para la existencia de éste. De esta forma, es el convenio el que marca los límites exactos sobre los que se va a desarrollar el arbitraje²⁰.

7. El art. 9 de la Ley española de Arbitraje rompe radicalmente con la regulación de esta cuestión que recogía la anterior Ley de Arbitraje, de 1988, y que fue unánimemente criticada por la doctrina española²¹.

¹³ Vid. ESPLUGUES MOTA, Carlos. “Artículo 1”. *Op. cit.*; pp. 80 y ss.

¹⁴ Vid. MONTERO AROCA, J. y Carlos ESPLUGUES MOTA. “Artículo 2”. *Op. cit.*; pp. 99 y ss.

¹⁵ Vid. ESPLUGUES MOTA, Carlos. “Artículo 3”. *Op. cit.*; pp. 146 y ss.

¹⁶ Vid. ESPLUGUES MOTA, Carlos. “Artículo 9”. *Op. cit.*; pp. 395 y ss.

¹⁷ Vid. ESPLUGUES MOTA, Carlos. “Artículo 34”. *Op. cit.*; p. 1115 y ss.

¹⁸ Vid. ESPLUGUES MOTA, Carlos. “Presente y futuro del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en España”. En: AA.VV.: *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor J.D. González Campos*. Tomo II. Madrid: UAM/Eurolex, 2005, 2 T., pp. 97 y ss.

¹⁹ VERDERA SERVER, R. “Artículo 9”. *Op. cit.*; p. 319; BARONA VILAR, S. “Artículo 25”. *Op. cit.*; p. 919.

²⁰ VERDERA SERVER, R. “Artículo 9”. *Op. cit.*; pp. 319 y ss.

²¹ Vid., ESPLUGUES MOTA, Carlos. “Artículo 3”. *Op. cit.*; pp. 146 y ss.; ARROYO MONTERO, R. “Artículo 61”. En: BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.): *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Tecnos, 1991, pp. 897 y ss. o ESPLUGUES MOTA, Carlos. “Artículo 61”. En: MONTERO AROCA, J. (Dir.). *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Civitas, 1990, pp. 316 y ss.

El artículo incorpora una solución compleja y diferenciada del resto de las existentes en el plano comparado: así, de partida, y asumiendo la íntima vinculación existente entre la Ley española de Arbitraje y la Ley Modelo de 1985, el artículo 9 de la Ley española de Arbitraje toma como referencia al artículo 7 de la Ley Modelo, en su versión anterior a la reforma del 2006. Junto a ello, sin embargo, el artículo 9 LA se separa de aquel al introducir una distinción entre la regulación del convenio arbitral –a los que dedica sus cinco primeros numerales– y la regulación del convenio arbitral en el arbitraje internacional –que viene regulado en el artículo 9.6–. Distinción ésta que no existe en la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional.

“Artículo 9. Forma y contenido del convenio arbitral.

1. El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, 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.

2. Si el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato.

3. El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo.

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.

4. 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.

5. 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.

6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

8. Una primera lectura del artículo 9 LA permite observar cómo sus cinco primeros apartados reproducen a grandes rasgos los mandatos del artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, de 1985, sobre arbitraje comercial internacional, en su versión originaria, en el que se diseñan unas soluciones materiales específicamente previstas, recordemos, para el arbitraje comercial internacional.

El artículo 9 comienza describiendo, en su numeral 1, qué se entiende por convenio arbitral. El precepto reproduce en la práctica, si no el tenor, sí el sentido, del artículo 7.1 de la Ley Modelo de 1985, poniendo de manifiesto la necesidad de que el convenio arbitral –que es independiente del contrato que pueda incorporarlo– refleje la voluntad cierta de unas partes de someter a arbitraje las controversias derivadas de una concreta relación jurídica.

En línea con el mandato del artículo 7.2 de la Ley Modelo de la CNUDMI, el artículo 9.3 de la Ley española de Arbitraje recoge, igualmente, la exigencia de escritura que acompaña al convenio arbitral, permitiendo una eventual referencia a otros medios de comunicación que permitan dejar constancia del acuerdo. Por su parte, el apartado 4 del artículo 9 reconoce la validez de las denominadas cláusulas de incorporación por referencia, una posibilidad también presente en el artículo 7.2 de la Ley Modelo. A su vez, el artículo 9.5, referente al convenio arbitral derivado de un intercambio de escritos de demanda y contestación, se articula en torno a los mandatos del mencionado artículo 7.2 de la Ley Modelo.

El único numeral de estos cinco primeros apartados del artículo 9 de la Ley 60/2003 de Arbitraje que no encuentran su base en las disposiciones de la Ley Modelo es la recogida en su apartado 2, que reitera el contenido del artículo 5.2 de la Ley de Arbitraje española de 1988 en relación con los convenios arbitrales incorporados en contratos de consumo, remitiendo a la normativa española en la materia.

9. A esta última regla se suma, tal como se ha señalado anteriormente, el mandato del artículo 9.6 en el que, como seguidamente se analizará, se incorpora un precepto específicamente diseñado para el arbitraje comercial internacional, que no encuentra parangón en precepto alguno de la Ley Modelo de la CNUDMI. Este apartado plantea una serie de cuestiones relevantes en relación con su propia existencia y funcionamiento. De entre ellas destacan tres: la delimitación de su concreto ámbito de aplicación (IV), el análisis de las

concretas soluciones que incorpora (V), y por último la delimitación de la relación existente entre los 5 primeros apartados del propio artículo 9 con el apartado 6 del mismo (VI). Sólo el análisis conjunto de estas tres dimensiones permitirá, en última instancia, aportar una respuesta a los problemas de estructura y contenido suscitados por el artículo 9 LA.

4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9.6 DE LA LEY DE ARBITRAJE

4.1. Introducción

10. El artículo 9 de la Ley española de Arbitraje incorpora una solución compleja en su estructura, que plantea problemas múltiples de entendimiento. Como ya se ha señalado, el legislador español, que apunta desde un principio su voluntad de tomar la Ley Modelo de 1985 como guía, opta; sin embargo, en este punto por separarse de lo dispuesto en aquella en relación con el convenio arbitral y, en tal sentido, incorpora en su apartado 6 una norma específicamente referida a la ley reguladora del convenio arbitral en el arbitraje internacional. El precepto señala de forma genérica que “*Cuando el arbitraje fuera internacional*” la validez del convenio arbitral se determinará de acuerdo con las distintas normativas establecidas en el propio precepto.

11. El precepto suscita como primera cuestión, la necesidad de especificar su exacto ámbito de aplicación. En otras palabras, ¿el hecho de que el artículo 9.6 refiera genéricamente al convenio arbitral en el “arbitraje internacional” implica que

todas las cuestiones planteadas en relación con éste en el plano internacional serán reguladas exclusivamente por las leyes en él fijadas? ¿O, por contra, a pesar del genérico tenor del artículo 9.6 LA existirán otras leyes aplicables en relación con aspectos concretos del convenio arbitral en el arbitraje internacional?...

12. Una lectura sin más del artículo 9.6 LA parecería favorecer una interpretación de la misma como aportando una respuesta global y unitaria a la problemática del convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional²². Tal posición, además, vendría apoyada por la propia Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje en la que, al abordar el artículo 9.6, se señala sin más que en “*lo que respecta a la ley aplicable al convenio arbitral (...)*”²³.

Sin embargo, esta visión chocaría de frente con dos datos objetivos: en primer lugar, la constatación de la realidad plural que acompaña al acuerdo de arbitraje²⁴, que genera un cúmulo de cuestiones requeridas de soluciones individualizadas, conduce a que difícilmente pueda hablarse de un único ordenamiento jurídico regulador de todos los aspectos del mismo. Junto a ello, esa visión unitaria chocaría, también, con la realidad normativa presente tanto en la Ley de Arbitraje como en el Código civil español, en la que se aportan respuestas

propias a cuestiones específicas del convenio arbitral.

Estas últimas afirmaciones implicarían, en última instancia, que incluso en el caso de que las partes hayan pactado una ley reguladora del convenio arbitral en el arbitraje internacional, al amparo del artículo 9.6 de la Ley española de Arbitraje, existirían un conjunto de aspectos del mismo que no están cubiertos por el mencionado artículo 9.6 y que, por lo tanto, van a ser objeto de regulación por una normativa propia²⁵, eventualmente distinta de la prevista en dicho artículo 9.6 LA

13. En este sentido, el estudio del convenio arbitral permite diferenciar, al menos, tres ámbitos distintos de cuestiones en relación con el mismo. Cabe así hablar, en primer lugar, de la capacidad de las partes para concluir el convenio arbitral. En segundo lugar, de la forma del convenio arbitral y, por último, de ciertas cuestiones sustanciales en relación con el mismo. Un análisis de estas tres dimensiones del convenio en el arbitraje internacional, permite verificar como no todas estas dimensiones vendrán reguladas por el artículo 9.6 LA. De hecho, de estos tres ámbitos, tan sólo el último –el referido a la validez sustancial del convenio– aparecería gobernado por el mandato del artículo 9.6 LA, quedando las otras

²² MANTILLA-SERRANO, F. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, pp. 83-84.

²³ Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, pto. III.

²⁴ Vid. BLESSING, M. “The Law Applicable to the Arbitration Clause”. En: VAN DEN BERG, A.J. (ed.): *Improving the Efficiency of Arbitration and Awards: 40 Years of Application of the New York Convention*. I.c.c.a.Congreso Series no. 9 (Paris/1998). La Haya/Boston: Kluwer, 1999, p. 168.

²⁵ ARTUCH IRIBERRI, E. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Eurolex, 1997, pp. 150 y ss. y pp. 177 y ss.

dos –capacidad para celebrarlo y validez formal– sometidas a soluciones propias y diferenciadas. Conviene aproximar estos tres ámbitos.

4.2. Materias excluidas del ámbito de aplicación del artículo 9.6 de la Ley española de Arbitraje

4.2.1. Primera cuestión: la capacidad para concluir el convenio arbitral

14. La primera de las tres cuestiones apuntadas refiere a la ley reguladora de la capacidad de las partes para concluir el convenio arbitral en el arbitraje internacional. Por su propia naturaleza contractual, el convenio arbitral exige para ser válido haber sido concluido por personas capaces, ya sean éstas personas físicas o jurídicas.

El silencio de la Ley de Arbitraje en relación con este punto determina que tanto, respecto de las personas físicas, como de las jurídicas, la cuestión gozaría de independencia respecto de la solución prevista en el artículo 9.6 de la Ley de Arbitraje, y vendría regulada por lo dispuesto en los artículos. 9.1 y 9.11 del Cc

que refieren la regulación de la capacidad, respectivamente, a la ley nacional de la persona física, o jurídica²⁶.

Esta solución, respaldada por la escasa jurisprudencia española en la materia²⁷, está además en línea con las soluciones mantenidas en distintos convenios internacionales y leyes nacionales²⁸.

4.2.2. Segunda cuestión: la forma del convenio arbitral

15. Una segunda cuestión en relación con el convenio arbitral es la relativa a su forma. De nuevo, estaríamos ante una cuestión que gozaría de sustantividad propia y que, por lo tanto, quedaría fuera del ámbito de aplicación del artículo 9.6 LA.

16. Un análisis de los distintos ordenamientos jurídicos –nacionales e internacionales– muestra como éstos exigen mayoritariamente que el convenio se ajuste a una forma determinada, por mínima que ésta sea y lo hacen, además, a través de la incorporación de una regla sustantiva, desechando el diseño de una norma de conflicto en la materia. Con la fijación de estos requisitos mínimos sobre la forma se trata, en definitiva, tanto de

²⁶ Vid. CARBALLO PIÑEIRO, L. "Artículo 9.6". En: GUILARTE GUTIÉRREZ, V. (Dir.). *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2004, p. 191.

²⁷ AATS de 17 de febrero de 1998, EDJ 1998/40991, de 28 de marzo de 2000, RJ 2000\2964, de 26 de febrero de 2002, RCEA, 2004, p. 516, de 1 de abril de 2003, RCEA, 2004, p. 213 o de 29 de abril de 2003, RCEA, 2004, p. 217.

²⁸ Vid. ESPLUGUES MOTA, C. *Arbitraje marítimo internacional*. Cizur Menor: Civitas, 2007, pp. 95 y ss.; GAILLARD, E. y SAVAGE, J.: *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration*. Deventer: Kluwer, 1999, pp. 244 y ss.; RUBINO-SAMMARTANO, M. *International Arbitration. Law and Practice*. 2da Edición. La Haya: Kluwer, 2001, pp. 197 y ss. Sin embargo, esta solución difiere en los países de *Common Law*. En ellos se tiende a realizar una referencia a la "*proper law of the contract*". Vid. HILL, J. *Op. cit.*; pp. 632 y ss. En tal sentido, nótese *Irvani v. Irvani* [2000] 1 Lloyd's Rep 412 (CA).

probar la existencia del propio convenio como, desde otra perspectiva, de asegurar que, efectivamente, las partes desean que su litigio sea sometido a arbitraje detrayéndose, por tanto, el conocimiento del mismo de los órganos jurisdiccionales estatales.

En tal sentido, tanto la normativa arbitral interna²⁹ como internacional³⁰ tiende a incorporar como requisito esencial para la validez formal del acuerdo arbitral, que éste venga “firmado” y se encuentre “por escrito”, dejando libertad a las partes en cuanto a la concreta forma que acompañe al convenio. Y ello, a pesar de la innegable flexibilización de los mismos que se ha producido en los últimos años³¹.

17. La normativa arbitral española también recoge unas específicas exigencias de forma. El artículo 9.3 LA incorpora una regla específicamente dedicada a la cuestión de la forma del convenio arbitral

en la que se señala de forma expresa que el convenio arbitral “deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes”.

La solución, en línea con la recogida en el artículo 7 de la versión originaria de la Ley Modelo, flexibiliza la rígida solución del artículo II del Convenio de Nueva York, al añadir que será igualmente válido aquel convenio arbitral recogido “*en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo*”³².

18. La presencia del artículo 9.3 LA plantea directamente la cuestión de su relación con la regla recogida en el artículo 9.6 LA. Esto es, la cuestión de saber si la forma del convenio arbitral en el arbitraje internacional vendrá regulado por la ley prevista en el artículo 9.6 LA o por lo dispuesto en el artículo 9.3 LA. La propia Ley de Arbitraje española de 2003 aporta una respuesta al señalar en su

²⁹ Así, por ejemplo, en Italia (art. 807 CPC); en Bélgica (art. 1677 CJB); en The Netherlands (art. 1021 WBR/DCCP); en Alemania (P. 1031 ZPO); en los EE.UU. (FAA, 9 USC P.3); en Suiza (art. 178.1 LFDIP); en Inglaterra (S. 5(1) Arbitration Act 1996); en el Perú (art. 13, Ley de Arbitraje de 2008), entre otros.

³⁰ Así, por ejemplo, tanto el Convenio de Nueva York de 1958 –artículo II–, como la Ley Modelo de 1985, en su versión originaria –artículo 7–.

³¹ Tanto en el plano internacional –la Opción II del artículo 7 de la Ley Modelo tras su reforma de 2006–, como nacional –Suecia, Lag (SFS 1999:116) om Skiljeförfarande; Dinamarca (P. 7, Voldgiftsloven). Vid. ESPLUGUES MOTA, Carlos. “Sobre algunos desarrollos recientes del arbitraje comercial internacional en Europa”. En: BARONA VILAR, S.: *Arbitraje y Justicia en el Siglo xxi*. Madrid: Civitas, 2007, pp. 186-187; REDFERN, A., HUNTER, M. et al: *Law and Practice of International Commercial Arbitration*. 4th Edition. London: Sweet and Maxwell, 2004 p. 159; BERGER, K.P. “The Arbitration Agreement under the Swedish 1999 Arbitration Act and the German 1998 Arbitration Act”, *Arb. Int.*, 2001, pp. 395 y ss.

³² Para un análisis en profundidad del precepto, vid. VERDERA SERVER, R.: “Artículo 9”. En: BARONA VILAR, S. (Coord.). *Comentarios...*, *Op. cit.*; pp. 354 y ss.; DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON, L.: “Artículo 9”. En: GONZALEZ SORIA, J. (Coord.). *Comentarios...*, *Op. cit.*; p. 107. A ello se une la flexible práctica jurisprudencial existente en relación con la firma del convenio arbitral y que lleva a entender que este requisito ha desaparecido como tal en la práctica. Así, vid. STS de 6 de febrero de 2003, TOL 253543 o S.Aud.Prov. de Pontevedra de 23 de mayo de 2002, EDJ 2002/53698.

artículo 1.2, al afirmar que, “(L)as normas contenidas en los apartados 3, 4 y 6 del artículo 8, en el artículo 9, excepto el apartado 2, en los artículos 11 y 23 y en los títulos VIII y IX de esta Ley se aplicarán aun cuando el lugar del arbitraje se encuentre fuera de España”. Esto es, se aplicarán en todo caso, incluso cuando se trate de un arbitraje desarrollado fuera de España. Ello resaltaría el valor otorgado al precepto y, consecuentemente, favorecería la existencia de una respuesta propia de la cuestión, diferenciada de la recogida en el artículo 9.6 LA. El tratamiento diferenciado de la ley reguladora de la forma del convenio arbitral se encuentra, además, presente en algunos otros textos arbitrales comparados, especialmente en el artículo 178 LDIP, texto, como veremos, de referencia del propio artículo 9.6 LA.

4.3. Cuestiones incluidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 9.6 LA

19. Junto a la problemática de la capacidad para concluir el convenio arbitral y la forma del mismo, que quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 9.6 LA, la doctrina menciona la existencia de un tercer conjunto de cuestiones referentes a éste. Aquellas denominadas cuestiones

de “fondo” del convenio arbitral y que abarcan la validez material del convenio en sentido estricto –incluyendo dentro de este concepto a la formación, los vicios de la voluntad y las causas de extinción del convenio–, su ámbito de aplicación personal y material, su interpretación, sus efectos, las consecuencias de su incumplimiento o los remedios al mismo³³. Estas cuestiones, con la excepción de los efectos derivados del convenio arbitral, que vendrían regulados por el artículo 11 LA, sí vendrían cubiertas por lo dispuesto en el artículo 9.6 LA.

En todo caso, la solución apuntada no parece que vaya a tener una fácil práctica, dado que la distinción entre los denominados aspectos formales –regulados por el artículo 9.3 LA– y sustanciales del convenio –regulados por el artículo 9.6 LA– no resulta siempre especialmente nítida³⁴. Y ello, en tanto en cuanto la “forma” del convenio arbitral aparece en muchas ocasiones directamente vinculada a la problemática de la validez intrínseca de éste; a la cuestión de determinar si las partes realmente consintieron, o no, en someter su litigio a arbitraje³⁵: el ejemplo de la validez de la incorporación por referencia del convenio arbitral es especialmente paradigmática al respecto³⁶.

³³ Vid. ARTUCH Iriberrí, E. *Op. cit.*; pp. 150-151; BERNARDINI, P. *L'arbitrato commerciale internazionale*. Milán: Giuffrè, 2000, pp. 96 y ss.; POUDRET, J.F. y BESSON, S. *Droit comparé de l'arbitrage international*. Bruselas/Zurich: Bruylant/Schulthess, 2002, p. 270; HILL, J. *International Commercial Disputes in English Courts*. 3ª ed. Oxford/Portland, Hart. 2005, p. 622.

³⁴ Vid. LEW, J.D.M., MISTELIS, LA. & KRÖLL, S. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer, 2003, p. 130.

³⁵ LEW, J.D., MISTELIS, LA & KRÖLL, S.M. *Op. cit.*; p. 130.

³⁶ Vid. ESPLUGUES MOTA, Carlos. *Op. cit.*; pp. 179 y ss.

5. LAS CONCRETAS SOLUCIONES RECOGIDAS EN EL ARTÍCULO 9.6 DE LA LEY DE ARBITRAJE

20. En claro contraste con la posición jurisprudencial mantenida hasta el momento por los tribunales españoles en relación con la determinación de la ley reguladora del convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional, el legislador español introduce una norma específicamente referida a esta cuestión en el mencionado artículo 9.6 LA. Una norma que nada tiene que ver, tampoco, con la recogida en el artículo 61 de la anterior Ley de Arbitraje española:

“Artículo 9: ... 6. Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

La solución incorporada es especialmente flexible, tanto en lo que refiere a su filosofía como en las concretas soluciones incluidas.

- 1) Con respecto a su filosofía, el artículo 9.6 de la ley española de Arbitraje –en línea con lo que hace el mencionado artículo 178.2 LDIP suiza– diseña una regla sustantiva claramente favorable a la validez

del convenio arbitral³⁷. De esta suerte, el artículo 9.6 LA no se pregunta sin más por la ley que regulará el convenio arbitral. Por contra, especifica que el convenio arbitral será válido si cumple con las condiciones fijadas en alguna de las tres leyes apuntadas en el mismo: los distintos criterios normativos de referencia recogidos en el precepto aparecen estructurados en forma alternativa, y la validez del convenio arbitral se verifica con base en cualquiera de las mismas. Bastará, en suma, que el convenio sea válido de acuerdo con alguna de las conexiones previstas, para que goce igualmente de la consideración de válido en nuestro país³⁸.

- 2) Las soluciones incorporadas también resultan ser especialmente flexibles. La validez del convenio se estimará si cumple las condiciones fijadas en alguna de las tres leyes especificadas en el precepto. Leyes que no necesariamente han de ser de origen estatal. El precepto habla así de:
 - a) Las normas jurídicas seleccionadas por las partes para regir el convenio arbitral, algo que ya hemos apuntado no resulta habitual en la práctica. El legislador español habla de “normas jurídicas” no de

³⁷ Vid. Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, pto. III.

³⁸ “De este modo, basta que el convenio arbitral sea válido con arreglo a cualquiera de los tres regímenes jurídicos señalados en el apartado 6 del artículo 9: las normas elegidas por las partes, las aplicables al fondo de la controversia o el derecho español” (Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, pto. III).

“normas de Derecho” como hace la Ley Modelo. Su voluntad es dejar claro que pueden ser normas de origen no estatal³⁹.

- b) Por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia de acuerdo con el mandato del artículo 34.2 LA, de nuevo se habla de “normas jurídicas”, o,
- c) Por el Derecho español.

El cumplimiento de las condiciones de existencia y validez previstos en cualquiera de estos tres ordenamientos jurídicos –ya nacionales, ya anacionales– lleva aparejado, directamente, la consideración del convenio como válido y plenamente eficaz.

6. LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE EL ARTÍCULO 9.6 DE LA LEY DE ARBITRAJE Y LOS CINCO PRIMEROS APARTADOS DEL MENCIONADO ARTÍCULO 9 DE LA LEY DE ARBITRAJE

6.1. Premisas de partida

21. Una vez delimitado el ámbito de aplicación del artículo 9.6 LA y verificado que no todos los aspectos del convenio arbitral en el arbitraje internacional vendrían cubiertos por la regla –aparentemente general– prevista en el artículo 9.6 LA, resulta imprescindible determinar su relación con los apartados 1 a 5 del propio artículo 9. Se trata, ésta,

de una cuestión compleja, que la doctrina no responde de forma nítida.

A primera vista, la lectura lineal del artículo 9 LA parecería favorecer una solución a la cuestión planteada en los siguientes términos:

- 1) El artículo 9.1, 2, 4, y 5 LA se aplicarían al convenio arbitral en el arbitraje interno, mientras que el artículo 9.6 referiría al convenio arbitral en el arbitraje internacional.
- 2) Por su parte, el artículo 9.3 LA regularía la forma del convenio arbitral tanto en el arbitraje interno como internacional.

Esta solución, sin embargo, plantea importantes problemas de fondo que relativizan su validez, al menos, por dos motivos diversos:

- 1) En primer lugar, por cuanto supone aceptar que los apartados 1, 2, 4 y 5 del artículo 9 LA, que recogen a grandes rasgos las soluciones previstas en el artículo 7 de la Ley Modelo de la CNUDMI, una ley –y un precepto– pensados, en principio, precisamente para el arbitraje comercial internacional, serán ahora aplicados, por contra, únicamente al arbitraje interno.
- 2) En segundo lugar, porque el artículo 1.2 LA precisa que el artículo 9.2 LA –a diferencia del resto de numerales del artículo 9 LA– se aplicará exclusivamente

³⁹ Vid. ESPLUGUES MOTA, C. “Artículo 34”. En: BARONA VILAR, S. (Coord.). *Comentarios... Op. cit.*; pp. 1128 y ss.

a los arbitrajes desarrollados en España, no así a los arbitrajes que tengan lugar fuera de nuestras fronteras, lo que *a contrario sensu* refleja una cierta voluntad del legislador español de atribuir al artículo 9, a todo él, salvado este numeral 2, la condición de “*estándar mínimo*” en cuanto a los requisitos que ha de reunir el convenio arbitral en lo que a los requisitos que debe reunir el convenio arbitral para ser válido se refiere...

La cuestión de las relaciones entre los diversos apartados del artículo 9 LA se mantiene, pues, abierta. Su resolución tan sólo se alcanzará tras valorar las concretas soluciones recogidas en el artículo 9.6. Unas soluciones que, por otra parte, relativizan la trascendencia del dilema apuntado.

22. Independientemente de la respuesta que se aporte, la cuestión planteada no deja de reflejar, una vez más, la complejidad de la solución incorporada por el legislador español en el artículo 9.6 LA. Una solución que, amén de suscitar grandes dudas sobre su justificación teórica, contrasta con la posición que la jurisprudencia española ha mantenido de forma constante en relación con la validez del convenio arbitral en el arbitraje internacional. Conviene que aproximemos ésta última (3) tras abordar las soluciones mantenidas en relación con esta cuestión en el plano comparado (2).

6.2. Las soluciones comparadas

23. El estudio de las distintas soluciones nacionales presentes en relación con la regulación de la dimensión sustancial del convenio arbitral en el arbitraje internacional refleja la presencia de tres grandes posiciones a la hora de afrontar su reglamentación: Una primera, calificable de “clásica”, que vincula la solución a las cuestiones de fondo del convenio arbitral al tradicional método conflictual, propio del Derecho internacional privado. Y, junto a ella, en segundo lugar, una segunda posición que optaría por desvincular las cuestiones de fondo de cualquier ley nacional. Entre ambas, cabría referir a una tercera solución, calificable de solución intermedia.

1) Con relación a la primera de estas posiciones, la articulada en torno a la inclusión de una norma de conflicto que determine la ley que gobierne el convenio arbitral, la independencia de la cláusula arbitral respecto del contrato que la incorpora determina que, cuando así lo estimen oportuno las partes, ésta sea susceptible de venir regulada por una ley distinta a la que gobierna el contrato principal, que podrá ser elegida por las partes⁴⁰. El artículo 48 de la Ley sueca de Arbitraje de 1999 constituye, en tal sentido, un ejemplo claro de esta posición⁴¹.

La solución conflictualista, empero, resulta hasta cierto punto marginal en la

⁴⁰ Vid. POUDET, J.F. y S. BESSON, S. *Droit Comparé... Op. cit.*; pp. 144 y ss.; CRAIG, W.L., W.W. PARK y J. PAULSSON. *International Chamber of Commerce Arbitration*. 3rd Edition. New York: Oceana, 2000, p. 108.

⁴¹ S. 48: “Where an arbitration agreement has an international connection, the agreement shall be governed by the law agreed upon by the parties. Where the parties have not reached such an agreement, the arbitration agreement shall be governed by the law of the country in which, by virtue of the agreement, the proceedings have taken place or shall take place (...)”.

práctica. Por un lado, son muy escasas las normativas arbitrales –tanto nacionales⁴² como internacionales⁴³– que expresamente incorporan una regla que determine directamente la ley aplicable al convenio arbitral en el arbitraje internacional. Esta suele encontrarse bien al plantearse la anulación del laudo o en el ámbito del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros. Junto a ello, la realidad práctica demuestra que las partes tienden –al menos han tendido tradicionalmente– a guardar silencio en relación con la cuestión de la ley que gobierne el convenio arbitral⁴⁴. Y, por último, ante este último hecho, la realidad pone de manifiesto la existencia de una práctica jurisprudencial que se inclina a aplicar al convenio arbitral la ley elegida expresamente por las partes para gobernar el contrato principal⁴⁵. Una solución que algún sector de la doctrina entiende razonable, máxime cuando en relación con

el contrato principal existe una elección expresa del derecho regulador⁴⁶.

2) Junto a esta solución conflictualista pura existe otra calificable de solución conflictual matizada en la que se intenta combinar la estructura de la norma de conflicto con diversos planteamientos sustantivos favorables a la validez del convenio arbitral. Esta posición, amparada por la Resolución del Instituto de Derecho Internacional de 1989 sobre “*L’arbitrage entre Etats, entreprises d’Etat ou entités étatiques et entreprises étrangères*”⁴⁷ encuentra en la normativa suiza su paradigma⁴⁸. En este sentido, el artículo 178.2 LDIP suizo afirma que, “*Quant au fond (the arbitration convention), elle est valable si elle répond aux conditions que pose soit le droit choisi par les parties, soit le droit régissant l’objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal, soit encore le droit suisse*”⁴⁹.

⁴² Fundamentalmente, la ya mencionada S. 48.I Lag (SFS 1999:116) om Skiljeförfarande de Suecia. En el resto de países de nuestro entorno existen, básicamente, soluciones jurisprudenciales que sustentan, eso sí, el recurso al principio de autonomía de la voluntad. Al respecto, vid. Poudret, J.F. y S. Besson. *Op. cit.*; p. 275.

⁴³ Art. V.1.a) del Convenio de Nueva York de 1958; art. 6.2.a) del Convenio de Ginebra de 1961 o art. 36.1.a.i) de la Ley Modelo de 1985.

⁴⁴ Vid. Lew, J.D.M., Mistelis, L.A. y S. Kröll. *Op. cit.*; pp.124 y ss.; Al respecto, vid. Redfern, A. y M. Hunter. Et al: *Law and Practice...*, *Op. cit.*; p. 148.

⁴⁵ Al respecto, vid. Poudret, J.F. y S. Besson. *Op. cit.*; pp. 274-275.

⁴⁶ En este sentido, vid. Redfern, A. y M. Hunter. *Op. cit.*; pp. 148 y ss.; Hill, J. *International...*, *Op. cit.*; p. 647; Lew, J.D.M., L.A. Mistelis y S. Kröll. *Op. cit.*; p. 120.

⁴⁷ Art. 4: “Cuando se impugne la validez del convenio arbitral, el tribunal resolverá la cuestión una o varias de las siguientes fuentes legales: la ley elegida por las partes, la ley declarada aplicable de acuerdo con el sistema de Derecho internacional privado designado por las partes, los principios generales del derecho internacional público o privado, los principios generales del arbitraje internacional, o la ley que sería aplicable por la jurisdicción del lugar donde tiene su sede el tribunal. Al realizar esta elección, el tribunal se guiará, en cada caso, por el principio in favorem validitatis”.

⁴⁸ Nótese que una solución similar se recoge, curiosamente, en el artículo 458 bis 1.3 del Código de Procedimiento Civil argelino o en artículo 43.2 de la Ley de arbitraje, conciliación y mediación de 1995, de Panamá.

⁴⁹ Al respecto, vid. Wenger, W.: “Article 178”. En: Berti, S.V. (Ed.): *International Arbitration in Switzerland*. La Haya: Kluwer, 2000, pp. 339 y ss.; Artuch Iriberry, E.: *El convenio arbitral...* *Op. cit.*; p. 151.

El precepto incorpora una vez más, como regla general, la referencia a la ley elegida por las partes, pero esta posición se combina con una política favorable a la validez del convenio arbitral, que determina que la validez del convenio sea la validez en cuanto al fondo del convenio arbitral sea valorado de acuerdo con diversas leyes distintas: “*soit le droit choisi par les parties*”, “*soit le droit régissant l’objet du litige et notamment le droit applicable au contrat principal*” o “*soit encore le droit suisse*”.

3) Las dos soluciones apuntadas aparecen vinculadas al método conflictual. La realidad práctica, empero, pone de manifiesto la existencia, al menos, de una tercera posición a la hora de valorar la validez en cuanto al fondo del convenio arbitral: la denominada posición sustantivista que en los últimos años ha elaborado la jurisprudencia francesa⁵⁰.

Los tribunales franceses, desde la década de los 70⁵¹, han optando por desvincular la validez del convenio arbitral

de cualquier derecho estatal, señalando que en el contexto internacional, la existencia y efectividad del convenio viene determinada por sí misma, sin necesidad de referencia a sistema conflictual alguno. Optándose por valorar dicha validez con base en el conjunto de principios que un concreto ordenamiento jurídico considere como esenciales en el contexto internacional. Las únicas limitaciones existentes a esta regla general vendrían marcadas —así— por las eventuales normas imperativas, y por el orden público internacional, del país donde deba de considerarse la existencia y virtualidad del convenio arbitral “*particularmente en lo referente a la arbitrabilidad de la disputa*”⁵².

6.3. La solución tradicionalmente mantenida en España

24. Apesar de contar tradicionalmente con una norma de conflicto en relación con la ley reguladora del convenio arbitral⁵³, la práctica jurisprudencial

⁵⁰ Para un análisis de la jurisprudencia francesa en la materia, vid. GAILLARD, E. y J. SAVAGE. *Fouchard... Op. cit.*; p. 229, especialmente notas 118, 138 y 139; ARTUCH IRIBERRI, E. *El convenio arbitral... Op. cit.*; pp. 159 y ss; CRAIG, W.L., W.W. PARK, W.W. y J. PAULSSON, J. *International... Op. cit.*; pp. 53 y ss.

⁵¹ Vid al respecto la S. C. Cass. de 4 de julio de 1972, en el asunto *Hecht c. Buisman's (J.D.I., 1972, p. 843)* y C. App. de París, de 25 de enero de 1972, en el asunto *Quijano Agüero c. Marcel Laporte (Rev. Arb., 1973, p. 158)*; C. Cass. francés de 20 de diciembre de 1993 en el asunto *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c./ Dalico, Rev. Arb., 1994, pp. 108 y ss.* Con anterioridad a la misma vid., S. C. Cass. de 3 de marzo de 1992, en el asunto *Sonetex c. Charphil (J.D.I., 1993, p. 140)* y las SS. C. App. de París de 21 de octubre de 1983, en el asunto *Isover-Saint Gobain C. Dow Chemical France (Rev. Arb., 1984, p. 98)* y de 14 de diciembre de 1983, en el asunto *Epoux Convert c. Droga (Rev. Arb., 1984, p. 483)*. Así como la decisión de la C. App. de Toulouse de 26 de octubre de 1982, en el asunto *Sieur Behar c. Monoceram (J.D.I., 1984, p. 603)*; C. Cass. de 21 de mayo de 1997, en el asunto *Renault v. V 2000, Rev. Arb., 1997, p. 537* y de 5 de enero de 1999, en el asunto *Banque Worms v. Bellot, Rev. Arb., 2000, p. 85* o la S. C. App. de París, de 25 de noviembre de 1999 en el asunto *SA Burkinabe des ciments et matériaux v. Société des ciments d'Abidjan, Rev. Arb., 2001, p. 165*.

⁵² A. C. App. de París, de 26 de marzo de 1991, *Comité populaire de la municipalité de Khoms El Mergeb c. Dalico Contractors, Rev. Arb., 1991, pp. 456 y ss.*

⁵³ Así, artículo 61 de la ley española de Arbitraje de 1988.

española en relación con la validez sustancial del convenio arbitral ha tendido a alinearse tradicionalmente con la posición sustantivista seguida por los tribunales franceses. Si bien dicha práctica se ha centrado esencialmente en el ámbito del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros al amparo del Convenio de Nueva York de 1958, históricamente los tribunales españoles han rechazado de forma prácticamente unánime la solución recogida en el artículo V.1.a) del Convenio de Nueva York en relación con la ley reguladora del convenio arbitral y, lejos de referir la verificación de la validez del convenio arbitral a ley nacional alguna, han procedido a averiguar la existencia de una auténtica

voluntad de las partes de someter su litigio a arbitraje.

En tal sentido se manifiestan⁵⁴ los AATS de 14 de octubre de 2003⁵⁵, de 7 de octubre de 2003⁵⁶; de 14 de enero de 2003⁵⁷; de 26 de febrero de 2002⁵⁸; de 13 de noviembre de 2001⁵⁹; de 13 de marzo de 2001⁶⁰; de 20 de febrero de 2001⁶¹; de 28 de noviembre de 2000⁶²; de 31 de julio de 2000⁶³; de 11 de abril de 2000⁶⁴; de 28 de marzo de 2000⁶⁵; de 8 de febrero de 2000⁶⁶; de 18 de abril de 2000⁶⁷; de 24 de noviembre de 1998⁶⁸; de 29 de septiembre de 1998⁶⁹; de 14 de julio de 1998⁷⁰; de 7 de julio de 1998⁷¹; de 26 de mayo de 1998⁷²; de 5 de mayo de 1998⁷³; de 18 de febrero de 1998⁷⁴; de 17 de febrero de 1998⁷⁵; de

⁵⁴ Vid., ESPLUGUES MOTA, Carlos. "Zehn Jahre Schiedsgerichtsbarkeitsgesetz in Spanien". *ZZPInt*, 1999, p. 91 ff; ARTUCH IRIBERRI, E. "Nota al ATS de 11 de abril de 2000", *RCEA*, 2000-2001, pp. 262-263. Vid igualmente, ESPLUGUES MOTA, Carlos. "Artículo 46". *Op. cit.*; pp. 1576 y ss.

⁵⁵ JUR 2003\261670.

⁵⁶ JUR 2003\261577.

⁵⁷ TOL 268796.

⁵⁸ *RCEA*, 2003, p. 368.

⁵⁹ *RCEA*, 2002, p. 257.

⁶⁰ TOL 149505.

⁶¹ TOL 149507.

⁶² *AEDIPr*, 2002, p. 322.

⁶³ *RCEA*, 2000-2001, p. 278.

⁶⁴ *RCEA*, 2001, p. 257.

⁶⁵ *RCEA*, 2000-2001, p. 253.

⁶⁶ *RCEA*, 2001, p. 249.

⁶⁷ *RCEA*, 2001, p. 266.

⁶⁸ *RCEA*, 1999, pp. 307 y ss.

⁶⁹ *RCEA*, 1999, p. 290.

⁷⁰ *RCEA*, 1999, p. 287.

⁷¹ *RCEA*, 1998, p. 246.

⁷² *RCEA*, 1998, p. 233.

⁷³ *RCEA*, 1998, p. 227.

⁷⁴ *RCEA*, 1999, p. 181.

⁷⁵ *RCEA*, 1998, p. 215.

17 de enero de 1998⁷⁶; de 19 de noviembre de 1996⁷⁷ o de 28 de octubre de 1994⁷⁸, principalmente.

La jurisprudencia española en relación con este punto pone de manifiesto una actitud tendente a considerar como válido el convenio arbitral, salvo que la parte que se opone a la validez del mismo demuestre lo contrario⁷⁹. En esta línea, la aparente inexistencia del convenio arbitral se vincula a la idea de ausencia de una clara voluntad de las partes de someter sus disputas a arbitraje. El Tribunal Supremo es especialmente claro en tal sentido:

*“(...) esta Sala ha orientado su esfuerzo hacia la búsqueda de la efectiva voluntad de las partes de incluir en el contenido del contrato la indicada cláusula de compromiso o, en general, de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, en el conjunto de las comunicaciones mantenidas y actuaciones llevadas a cabo entre una y otra parte de la relación negocial”*⁸⁰.

Esta posición se ha mantenido hasta el punto de llegar a considerar que la ausencia de un convenio arbitral puede colmarse a través de la conducta posterior de las partes, a través de un sometimiento tácito al arbitraje. El ATS de 4 de marzo de 2003⁸¹ es paradigmático al respecto:

“Pues bien, analizando la documentación referida habría de concluirse la

imposibilidad de sostener que en el ánimo de las partes se encontraba la decidida e incontestable voluntad de incluir en los términos del contrato la cláusula sumisoria contenida en las Reglas Fosfa 11 y a la que se remitía la confirmación de fecha 22 de enero de 1999, por más que de la misma pudiera entenderse acreditada la existencia de relaciones comerciales previas entre las partes. Sin embargo, y a efectos de verificación del cumplimiento del requisito examinado, no resulta posible desconocer el comportamiento seguido por la sociedad oponente en el curso del procedimiento arbitral al comparecer ante el órgano arbitral, no sólo no oponiéndose a la competencia del Tribunal Arbitral, sino discutiendo el fondo de la cuestión planteada y formulando reconvencción, debiendo concluirse de dichos actos el conocimiento y aceptación de la sumisión a arbitraje. Lo expuesto ha de servir para concluir que la mercantil demandada mostró su inequívoca voluntad de someterse al juicio arbitral en la resolución de las controversias derivadas de la relación jurídica que vinculaba a las partes, debiendo precisarse, en línea con la doctrina de esta Sala que, en relación con la exigencia de aportación del acuerdo por escrito que contenga la cláusula compromisoria según impone el repetido art. IV del Convenio de Nueva York, la “ratio” del precepto no ha de ser otra que la de ofrecer al Tribunal del exequatur la constancia

⁷⁶ RCEA, 1999, p. 275.

⁷⁷ RCEA, 1997, p. 237.

⁷⁸ La Ley net.

⁷⁹ ARTUCH IRIBERRI, E. “Nota al ATS de 11 de abril de 2000”. *Art. Cit.*; pp. 262-263.

⁸⁰ ATS de 29 de abril de 2003, cit., nota 27, Fdo. de Dº. 4.

⁸¹ JUR 2003\87950. En el mismo sentido se manifiestan los AATS de 7 de octubre de 2003, cit. nota 66; de 21 de marzo de 2000 (RJ 2000/2966) o de 1 de diciembre de 1998 (RJ 1998/10541).

del concierto entre las partes de acudir a la vía arbitral para solventar sus disputas en el seno de un determinado contrato, constancia que excede lo puramente formal y puede venir dada por diversas vías, siendo una de ellas, sin lugar a dudas, la propia conducta en el procedimiento de origen de las partes, acto propio que ha de causar estado en este de homologación”⁸².

25. La posición mantenida por el TS conduce a que deba realizarse, en suma, una valoración meramente fáctica de la existencia o de la inexistencia de una efectiva voluntad de resolver los litigios mediante arbitraje –“*deduciendo de forma indubitada que la voluntad de los contratantes fue incluir en el contenido del negocio que celebraban el compromiso de someter los litigios que surgieran en su aplicación al juicio de determinados árbitros*”⁸³–, sin tomar en consideración –con alguna mínima excepción⁸⁴– cuestión alguna de derecho aplicable al convenio⁸⁵.

7. A MODO DE CONCLUSIÓN

26. El paralelismo de las soluciones incorporadas en el artículo 9.6 LA con lo dispuesto en el artículo 178.2 LDIP es más que notable. Las diferencias entre uno y otro precepto se encuentran, sin embargo, tanto en el ámbito de aplicación atribuido a una y otra norma, como en su estructura. En primer lugar, el artículo 178 incorpora nítidamente una solución prevista para las situaciones internacionales –de ahí su incorporación en la LDIP de 1987-. El artículo 9 prevé soluciones para las situaciones internacionales –el artículo 9.6– y para aquellas que no gozan de tal condición –el resto de numerales del precepto–.

Junto a ello, en segundo lugar, y con relación a las soluciones incorporadas, el artículo 178, en su apartado 1 regula la validez formal del convenio arbitral, mientras que el apartado 2 gobierna la validez sustancial del mismo. Por contra, la

⁸² Fdo. de Dº 1.

⁸³ ATS de 1 de abril de 2003 (JUR 2003\118425), Fdo. de Dº 3.

⁸⁴ En tal sentido, y de forma excepcional, existe una referencia a la ley aplicable al convenio arbitral en el ATS de 29 de abril de 2003 (cit., nota 27), en el que se señala expresamente que: “Tampoco desde las específicas causas de oposición que contempla el señalado artículo V del Convenio puede la mercantil demandada enervar la acción que ejercita la actora. En primer lugar porque, atendiendo a lo dispuesto en el apartado primero, letra a) de dicho precepto –que, si bien no es citado de forma expresa por aquélla, de sus argumentos de defensa se infiere la invocación implícita de la causa de denegación al exequatur que encierra–, no se ha logrado acreditar que, según la ley a la que se hubiesen sometido las partes o, en su defecto, la ley del lugar donde se hubiese dictado el laudo –que en ningún caso es la española–, la cláusula arbitral deba reputarse nula o, en general, ineficaz; como tampoco se ha probado que, conforme a la ley que deba regir el convenio arbitral, y dada su autonomía respecto del negocio jurídico en que se inserta, los efectos de la representación que ostentaba la mercantil “Capelle Chartering & Trading, B.V.” por virtud del contrato de management no alcanzasen a dicha convención, ni que los propios de la relación jurídica entre aquélla y la actora resultaban inoponibles frente a terceros, según la ley que regía esta relación”. (Fdo. de Dº 6). Afirmación que debe matizarse dado que, como ha quedado señalado con anterioridad, el TS procedió previamente a verificar la existencia de una auténtica voluntad de las partes de someter su disputa a arbitraje.

⁸⁵ ARTUCH IRIBERRI, E. “Nota al ATS de 11 de abril de 2000”. *Art. Cit.*, p. 263.

solución del legislador español es diferente: el artículo 9.6 LA incorpora una referencia global a la regulación del convenio arbitral en el arbitraje internacional, mientras que los cinco apartados anteriores de este artículo parecen referirse al resto de supuestos, esto es, al arbitraje interno. La solución alcanzada es más compleja que la recogida en la LDIP suiza y, hasta cierto punto más incomprensible... No respeta formalmente la solución mantenida en la Ley Modelo en este punto, no respeta la práctica jurisprudencial española en la materia, es equívoca en cuanto se refiere a todo el arbitraje internacional, siendo que hay aspectos de éste que no quedan cubiertos por el precepto, incluso supone aplicar al arbitraje interno unas reglas –las recogidas en el artículo 9.1, 2, 3, 4 y 5 LA que, en cuanto basadas en el artículo 7 de la Ley Modelo están específicamente diseñadas para el arbitraje internacional. La norma española es, pues, técnicamente más compleja e imperfecta.

Sin embargo, y dejando de lado las razones, desconocidas, que pueden haber llevado al legislador español a adoptar

esta compleja y oscura solución, la única forma de aproximar el artículo 9.6 es optando por una interpretación integrada del mismo. En tal sentido, cabe entender que el legislador español, en su voluntad de favorecer la validez formal del convenio arbitral en el arbitraje internacional opta, al igual que hace el legislador suizo, por remitir la cuestión a tres leyes diferentes, una de ellas la ley española. La pregunta en este punto es clara... ¿Y que es lo que dice la ley española en relación con el convenio arbitral?... que un convenio se entenderá válido de acuerdo con el Derecho español cuando cumpla los requisitos establecidos en los artículos. 9.1, 2, 3, 4 y 5 LA. ¿Que significa lo anterior en última instancia? Que el artículo 9.1, 2, 3, 4, y 5 LA se aplicará, en todo caso, al arbitraje desarrollado en España, caso de contar éste con la condición de arbitraje interno, y que tales preceptos serán igualmente aplicables al arbitraje internacional, cuando la validez sustancial del convenio arbitral deba ser cotejada de acuerdo con “el Derecho español” o por la ley aplicable al convenio arbitral o al fondo del litigio, siempre que ésta sea la ley española.

LAS OFERTAS DE CONSENTIMIENTO ESTATAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍA (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Consentimiento estatal en las legislaciones nacionales sobre inversiones extranjeras.* 3. *Consentimiento estatal en los Tratados internacionales.* 4. *Valoración final.*

1. INTRODUCCIÓN

1. El mundo de las inversiones internacionales está en plena ebullición¹. Las disputas se multiplican y, en una gran mayoría de las ocasiones, las partes implicadas no suelen llegar a un acuerdo amistoso para resolver sus diferencias². Por el contrario, en la actualidad, el arbitraje internacional se ha erigido en la solución preferida por los inversores cuando tienen que buscar una solución a su diferencia con el Estado receptor de su inversión³.

2. Como en cualquier tipo de arbitraje y, el arbitraje en inversiones no es una excepción, la competencia de un tribunal arbitral se fundamenta en la manifestación de voluntad de las partes en someterse al mismo. Un consentimiento que ha de ser otorgado por ambas⁴. Precisamente, es en relación con la prestación de este consentimiento por parte del Estado receptor de la inversión y sus especiales modalidades, lo que va ser objeto de nuestro estudio.

(*) Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Castilla-La Mancha (España).

¹ FERNÁNDEZ MASÍA, E. "El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica", *Arbitraje: Revista de arbitraje comercial y de inversiones*. Vol. II. Nº 3, 2009, pp. 741-760; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "América Latina y el arbitraje de inversiones: ¿matrimonio de amor o matrimonio de conveniencia? RCEA, 2009, pp. 1-26; UNCTAD; "Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement", 2009.

² Vid. S.D. FRANK. "Challenges Facing Investment Disputes: Reconsidering Dispute Resolution in International Investment Agreements". *Appeals Mechanisms in International Investment Disputes*. Ed. K.Sauvant. Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 143-192.

³ Ello no significa, sin embargo, que el sistema arbitral en inversiones, tal y como está actualmente diseñado, esté exento de críticas. Vid. sobre estas críticas y las posibles reformas, A. REINISCH. "The Future of Investment Arbitration". *International Investment Law for the 21st Century. Essays in Honour of C.Schreuer*. Ed. C.Binder, U.Kriebaum, A.Reinisch y S.Wittich. Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 894-916.

⁴ Vid. recientemente sobre el convenio arbitral como fundamento y límite del arbitraje, R. VERDERA SERVER. *El convenio arbitral*. Madrid: Civitas, 2009.

En efecto, en este trabajo se parte de una premisa fundamental: el arbitraje en inversiones extranjeras en la actualidad no se fundamenta en las cláusulas arbitrales que, de forma tradicional, se han venido incorporando en los contratos de inversión que vinculan a los inversores con los Estados receptores de la inversión⁵. Es en dichos acuerdos como de forma simultánea las partes otorgan su consentimiento al desarrollo de un arbitraje internacional que resuelva sus posibles diferencias. Un acuerdo que puede adoptar la forma de una cláusula compromisoria si las partes lo adoptan en el contrato de inversión con el objetivo de prever el método de solución de sus posibles controversias futuras o, de un compromiso si tal manifestación de voluntad no se realiza hasta que la diferencia respecto a la operación de inversión se produce⁶.

Por el contrario, en los últimos años, en la inmensa mayoría de los casos que han sido iniciados por parte de los inversores, el criterio competencial de un tribunal arbitral se basa en una manifestación de voluntad “avanzada” por parte del Estado receptor, ya sea en su legislación interna o en un Tratado sobre inversiones que vincula a dicho Estado con el Estado del que es nacional el inversor, que es aceptada posteriormente por parte del inversor privado⁷. Los datos suministrados por el Centro de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones –en adelante CIADI– en sus últimos informes anuales son claros al respecto. Así, por ejemplo, en el Informe anual del año 2009 se refleja que se iniciaron veinticuatro nuevos casos ante el Centro y todos han sido presentados conforme a cláusulas de arbitraje CIADI incluidas en estos Tratados de promoción y protección

⁵ Tal y como señalan C. DUGAN, D. WALLACE, N. RUBINS y B. SABAHÍ. *Investor-State Arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 225: “*This form of submission to arbitration still occurs, but was of greater currency when it was the only means to obtain direct access to binding dispute resolution against the host state, notably before the advent of modern investment protection treaties*”.

⁶ C. SCHREUER. “Consent to Arbitration”. *The Oxford Handbook of International Investment Law*, Ed. P. Muchlinski y C. Schreuer. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 832: “*An agreement between the parties recording consent to arbitration may be achieved through a compromissory clause in an investment agreement between the host State and the investor submitting future disputes arising from the investment operation to arbitration. It is equally possible to submit a dispute that has already arisen between the parties through consent expressed in a compromis. Therefore, consent may be given with respect to existing or future disputes*”.

⁷ Estas dos últimos tipos de otorgamiento del consentimiento en donde no ha existido un previo acuerdo específico entre las partes es un “nuevo territorio para el arbitraje internacional” en palabras de J. PAULSSON, quien ha bautizado este fenómeno como “Arbitration without Privity”, *ICSID Review-FILJ*, Vol.10, Nº 2, 1995, pp. 232 y ss. Igualmente, J.C. FERNÁNDEZ ROZAS. “Arbitraje internacional y sus dualidades”. *Anuario Argentino de Derecho Internacional*, vol. XV, 2006, p. 17: “*...frente al arbitraje comercial, que tiene un fundamento consensual plasmado en el compromiso arbitral, el arbitraje de inversiones reposa en un tratado internacional suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado de la nacionalidad del inversionista; las circunstancias aludidas dan otro calificativo a la institución que estamos estudiando: “arbitraje sin vínculo contractual”*”. Vid. sobre esta cuestión, recientemente, G. BLANKE y B. SABAHÍ; “The New World of Unilateral Offers to Arbitrate: Investment Arbitration and EC Merger Control”, *Arbitration*, Vol.4, n.º3, pp. 211-224; I. IRURETAGOIANA AGIRREZABALAGA. “Alejamiento del paradigma contractual del arbitraje de inversión”, *AEDIPR*, T. VIII, 2008, pp. 595-614.

de inversiones, ya sean bilaterales o multilaterales. Además, en cuatro de ellos, se invocaron de forma conjunta cláusulas de solución de controversias previstas en las legislaciones internas. El CIADI es una institución arbitral que fue establecida por el Convenio de Washington, de 18 de marzo de 1965, sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados⁸. El arbitraje CIADI es el más utilizado en el ámbito de las inversiones internacionales debido a sus características específicas en relación con el resto de arbitrajes internacionales, en especial, por sus caracteres de autonomía e independencia respecto de los tribunales nacionales y su régimen de reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales⁹. Otras instituciones arbitrales son: la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, la Corte de Arbitraje Internacional de Londres y el Instituto de Arbitraje de

la Cámara de Comercio de Estocolmo. En todas ellas se han resuelto también, aunque en mucha menor medida, controversias en materia de inversiones extranjeras, actuando bien de acuerdo a sus propios reglamentos de arbitraje, o utilizándose las reglas de la CNUDMI. Es momento de examinar en que consiste esta “oferta” de consentimiento estatal, diferenciando en razón del instrumento jurídico en donde aquella se haya realizado.

2. CONSENTIMIENTO ESTATAL EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS

3. La posibilidad de que los Estados en sus legislaciones internas puedan ofertar su consentimiento a someter sus diferencias en materia de inversiones con los inversores privados extranjeros es hoy una práctica plenamente aceptada¹⁰. Tal

⁸ BOE N° 219, de 13 de septiembre de 1994.

⁹ LOWENFELD, A.F. *International Economic Law*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 484. Vid. sobre este procedimiento arbitral. BROCHES, A. “Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, Explanatory Notes and Survey of its Application”. *Y.B.Com.Arb.* Vol.18, 1993, pp. 627 y ss; FERNANDEZ MASIA, E. *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004; HIRSCH, M. *The Arbitration Mechanism of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*. Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993; MANCIAUX, S. *Investissements étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États. Trente années d'activité du CIRDI*. Dijon: Litec, 2004; SCHREUER, C., MALINTOPPI, L., REINISCH, A. y SINCLAIR, A. *The ICSID Convention: A Commentary*, 2ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2009; VIVES CHILLIDA, J.A. *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)*. Madrid: McGrawHill, 1998; REED, L., PAULSSON, J. y BLACKBAY, N. *Guide To ICSID Arbitration*. La Haya: Kluwer, 2004; RODRÍGUEZ JIMENEZ, S. *El sistema arbitral del CIADI*. México: Porrúa, 2006.

¹⁰ Hemos de señalar, sin embargo, que en la actualidad, esta manera de otorgar el consentimiento estatal ha perdido importancia práctica a medida que se han ido incrementando en número los Tratados internacionales sobre inversiones pero que, con anterioridad y, sobre todo en los años 80 y 90 del siglo pasado, muchos países en desarrollo adoptaron legislaciones sobre inversiones extranjeras que incorporaban cláusulas de solución de controversias incluyendo su consentimiento al arbitraje internacional, como una manera de atraer flujos de inversión directa extranjera. Aún así, algunos casos siguen fundamentando la competencia de los tribunales arbitrales en estas manifestaciones de voluntad estatales “avanzadas”, Vid. *Infra* N° 8 y ss.

“oferta” de consentimiento, sin embargo, por sí sola no produce ningún efecto vinculante para el Estado receptor de la inversión hasta que la misma se acepte por parte del inversor, ya que el consentimiento, ha de ser mutuo¹¹.

4. Ya en los trabajos preparatorios del Convenio de Washington por el que se creó el CIADI, al discutir sobre esta forma “avanzada” de otorgar el consentimiento por parte estatal, no se planteó ninguna duda de que tal posibilidad quedaría cubierta por el artículo 25.1 del este texto convencional¹², posición que fue refrendada por el Informe de los Directores Ejecutivos que señala al respecto que *“La Convención no requiere que el consentimiento de ambas partes sea expresado en un mismo instrumento. De este modo, un Estado receptor podría en su legislación sobre promoción de inversiones ofrecer someter las diferencias*

*que surjan de cierto tipo de inversiones a la jurisdicción del Centro, y el inversor podría otorgar su consentimiento al aceptar la oferta por escrito”*¹³.

5. Sin embargo y, como ya hemos señalado, a pesar de que tal posibilidad de consentimiento “avanzado” por parte estatal sea hoy una práctica habitual en las legislaciones internas sobre promoción de inversiones¹⁴, un análisis detallado de tales manifestaciones de voluntad nos muestra que no en todos los casos estas referencias al arbitraje internacional constituyen una verdadera “oferta” que en caso de ser aceptada por el inversor se constituye en un consentimiento vinculante para ambas partes de acudir al procedimiento arbitral¹⁵. Así, es posible diferenciar dos grandes grupos de “ofertas” de consentimiento contempladas en las legislaciones internas de los Estados receptores de las inversiones:

¹¹ En este sentido, C. SCHREUER. “Consent to Arbitration”. Art. cit., p. 1, señala que: *“Another technique to give consent to arbitration is a provision in the national legislation of the host State, most often its investment code. Such a provision offers arbitration to foreign investors in general terms. Many capital importing countries have adopted such provisions. Since consent to arbitration is always based on an agreement between the parties, the mere existence of such a provision in national legislation will not suffice. The investor may accept the offer in writing at any time while the legislation is in effect. In fact, the acceptance may be made simply by instituting proceedings”*.

¹² Vid. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States: Documents Concerning the Origin and Formulation of the Convention*, Vol. II, Washington: ICSID, 1968, p. 406.

¹³ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. *ILM*. N° 3, 1965, pp. 524-531, párrafo 24.

¹⁴ Vid. PARRA, A.R. “Principles Governing Foreign Investments as Reflected in National Investment Codes”, *ICSID Review-FILJ*. Vol. 7, 1992, pp. 446 y ss.

¹⁵ Vid. DELAUME, G. “Le Centre International pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI)”, *Journ.dr.int*. Vol.109, 1982, pp. 781 y ss.; PARRA, A.R. “Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment”, *ICSID Review-FILJ*, Vol.12. N° 2, 1997, pp. 314 y ss.; MUCHLINSKI, P. T. *Multinational Enterprises and the Law*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 720; SCHREUER, C.; MALINTOPPI, L.; REINISCH, A. y SINCLAIR, A. *The ICSID Convention...* Op. cit.; pp. 196 y ss.

a) Aquellas expresiones de voluntad de las que puede derivarse un consentimiento “avanzado” del Estado receptor pudiendo ser aceptado por parte del inversor extranjero. Dentro de este grupo hay que incluir tanto aquellas legislaciones nacionales que inequívocamente contemplan un sometimiento a los procedimientos arbitrales, ya sea con exclusividad al CIADI o conjuntamente con otros métodos de solución de controversias¹⁶, y aquellas otras de las que, aún no existiendo tal claridad en la manifestación de voluntad, puede interpretarse que los términos utilizados constituyen un expreso otorgamiento del consentimiento estatal¹⁷.

b) El otro grupo está integrado por todas aquellas legislaciones nacionales donde la referencia a los procedimientos arbitrales de ninguna manera pueden

considerarse como una “oferta” de consentimiento por parte estatal. En este caso han de incluirse las disposiciones que contemplan la necesidad de que para que pueda existir consentimiento es necesario un posterior acuerdo específico entre el Estado receptor y el inversor extranjero¹⁸ o aquellas otras en las que se prevé que únicamente será mediante la autorización de la inversión por parte del Estado receptor cuando se produzca el consentimiento del mismo¹⁹.

6. De acuerdo con todo lo anterior, podemos afirmar que únicamente cuando estemos en presencia de una expresión de voluntad del primer grupo descrito, la manifestación del inversor extranjero aceptándola, perfeccionará el consentimiento para someter las diferencias a un procedimiento arbitral²⁰. La aceptación del inversor, en principio, no está sometida a

¹⁶ En este grupo se incluirían por ejemplo, los artículos 28.2 del Código de inversiones de Guinea de 1987 o el artículo 8.2 de la Ley sobre inversiones extranjeras de Albania de 1993, citados por C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, A. y A. SINCLAIR. *The ICSID Convention...* Op. cit.; p. 197.

¹⁷ En este caso se utilizan expresiones como que “cualquiera de las partes en la diferencia puede llevar la diferencia” a una de las instituciones arbitrales contempladas, entre ellas el CIADI, o que la “diferencia será resuelta” por uno de los métodos de solución de controversias consignado en dicha disposición. Un ejemplo de este tipo de disposición sería el artículo 27.2 de la Ley sobre inversiones extranjeras de Kazajstán de 1995, que señala: “1) *Investment disputes shall be settled, whenever possible, by means of negotiations. 2) If such dispute can not be settled by means of negotiations..the the dispute at the choice of any of the parties thereof may be transferred for settlement when there exists the written consent of the foreign investor (...)*”. Con base en dicha disposición el tribunal arbitral fundamentó su competencia en el asunto CCL c. Kazajstán, Caso SCC N° 122/2001.

¹⁸ En este grupo ha de incluirse la legislación sobre inversiones de Mozambique y Madagascar, Vid. PARRA, A.R.; “Provisions on the Settlement...”. Art. cit., pp. 314-315. De igual forma el artículo 67 del Código de inversiones tunecino de 1993 prevé la necesidad de un acuerdo específico que debe ser concluido entre el inversor extranjero y Túnez, Vid. HORCHANI, F. “Le Code tunisien d’incitations aux investissements”. *Journ.dr.int.* N° 1, 1998, pp. 85 y ss.

¹⁹ Como ejemplo de tal disposición puede citarse el artículo 30 del Código sobre inversiones de Uganda de 1991. Vid. PARRA, A.R. “Provisions on the Settlement...”. Art. cit., p. 316.

²⁰ BROCHES, A. “The Convention on the Settlement of Investment Disputes. Some Observations on Jurisdiction”. En: *Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1995, pp. 169-170. Dos son las reglas

ninguna formalidad, aunque si es aplicable el artículo 25.1 del Convenio CIADI, éste dispone que sea hecha por escrito y que deberá realizarse con anterioridad a la iniciación del procedimiento de arbitraje ante el Centro, considerándose de forma general que la solicitud de iniciación del procedimiento constituye tal aceptación²¹. Sólo en aquellos casos en donde la legislación nacional donde se oferta el consentimiento estatal estableciera alguna forma específica o condición especial para el otorgamiento de tal aceptación por parte del inversor²², tal limitación habrá de cumplirse adecuadamente para que pueda afirmarse la existencia de un consentimiento vinculante para ambas partes.

7. En la práctica arbitral, el primer asunto en que un tribunal arbitral basó su competencia en un consentimiento

“avanzado” en la legislación interna de un Estado, fue en el caso SPP(ME) Ltd. y SPP Ltd. c. Egipto. El mismo puede ilustrar la dificultad de identificar la verdadera naturaleza de una “oferta” de consentimiento realizada por parte estatal de sometimiento al procedimiento arbitral del Centro²³.

Este caso se inició como consecuencia de una solicitud de arbitraje presentada por las sociedades SPP(ME) y SPP y, donde se fundamentó el otorgamiento del consentimiento estatal al mismo en el artículo 8 de la Ley egipcia N° 43 de 1974 relativa a la inversión de fondos árabes y extranjeros y la zona libre, que establece: “Las diferencias sobre inversiones al respecto de la ejecución de las disposiciones de esta Ley serán resueltas de la manera en que sea acordado con el inversor, o dentro del marco de los tratados en vigor entre

que a juicio de W. RAND, R.N. HORNICK y P. FRIEDLAND deberían seguirse siempre por un tribunal arbitral del CIADI cuando deba dilucidar su competencia en un caso concreto basándose en una “oferta” previa estatal: 1. La confianza razonable de una de las partes en la promesa realizada no debería ser frustrada y 2. La jurisdicción del Centro con base en las expectativas de las partes no debería ser observada como una afrenta a la soberanía del Estado receptor, “ICSID’s Emerging Jurisprudence: The Scope of ICSID’s Jurisdiction”. *N.Y.U.J. of Int’l Law and Politics*. Vol.19, N° 1, 1986, p. 61.

²¹ BROCHES, A. “Convention on the Settlement of Investment Disputes...” Art. cit., p. 643. Otras formas diferentes de expresar el inversor su aceptación de someterse al procedimiento arbitral del Centro podrían ser a través de una notificación al gobierno del Estado receptor o de una solicitud de autorización de una inversión. Un ejemplo de esta aceptación por parte del inversor extranjero lo constituye la carta enviada por parte de las empresas SPP (ME) y SPP al Ministro de Turismo egipcio, con anterioridad a la iniciación del procedimiento ante el Centro, en donde se mostraba la voluntad de aceptar la “oferta” realizada por el gobierno egipcio en su legislación interna de someter las diferencias sobre inversiones al procedimiento arbitral CIADI.

²² Como pudiera ser la necesaria mención de la aceptación de la “oferta” estatal en la solicitud de autorización de la inversión, o la prestación de tal manifestación de voluntad en un determinado plazo temporal.

²³ Decisión sobre competencia de 27 de noviembre de 1985. *ICSID Reports*. Vol. 3, 1995, pp. 112 y ss. Ha de tenerse en cuenta también el asunto *Manufacturers Hanover Trust Co. c. Egipto y Autoridad General para la Inversión y las Zonas Libres*, en donde el tribunal arbitral se basó en la misma disposición de la legislación egipcia para fundamentar su competencia, Vid. GRAIG, W.L. “The Final Chapter in the Pyramids Case: Discounting an ICSID Award for Annulment Risk”. *ICSID Review-FILJ*. Vol. 8, 1993, pp. 270 y ss.

la República Árabe de Egipto y el Estado del que es nacional el inversor, o dentro del marco de la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados a la que Egipto se adhirió en virtud de la Ley número 90 de 1971, cuando tal Convención se aplique”.

El gobierno egipcio impugnó la competencia del tribunal arbitral ya que consideraba que tal disposición de su legislación sobre inversiones no constituía una verdadera oferta de consentimiento argumentando, entre otras razones, que tal disposición no era self-executing y se necesitaba de un acuerdo específico posterior entre el Estado y el inversor extranjero para considerar que existía consentimiento de acuerdo con el artículo 25.1 del Convenio CIADI, ya que el sometimiento a los procedimientos del Centro no era más que una opción entre los tres posibles métodos de solución de controversias contemplados en este artículo. Para Egipto tal precepto, en consecuencia, era más bien un medio de información a los inversores privados sobre los posibles medios de solución de controversias que pueden negociarse y pactarse entre éstos y el gobierno egipcio²⁴. Por su parte, los demandantes alegaron que tal disposición de la legislación egipcia era una inequívoca y obligatoria

“oferta” de consentimiento y que, a pesar de la existencia de un orden jerárquico entre los diferentes medios de solución de controversias contemplados en este artículo, la imposibilidad de acudir a los dos medios previstos previamente al arbitraje del Centro, hacía que éste fuese el único viable²⁵.

El tribunal arbitral, después de realizar detenidamente un examen gramatical del contenido del artículo y tomando en consideración otras normas egipcias sobre inversiones, llegó a la conclusión de que tal precepto establecía un secuencia obligatoria y jerárquica de procedimientos de solución de controversias y, ya que las partes no habían pactado ningún método específico ni existía ningún tratado bilateral aplicable, los términos del mismo conducían a que no existiesen dudas sobre la competencia del tribunal arbitral del Centro para resolver la diferencia surgida entre las partes²⁶. Como consecuencia de este asunto y de la decisión del tribunal arbitral sobre su competencia, Egipto adoptó una nueva Ley sobre inversiones en 1989 en la que en su artículo 55 claramente se establece la necesidad de que exista un acuerdo específico entre el Gobierno egipcio y el inversor extranjero de sometimiento al procedimiento arbitral CIADI para considerar que existe consentimiento²⁷.

²⁴ Vid. Decisión sobre competencia, cit., pp. 121 y ss. Vid. también, Decisión sobre competencia de 14 de abril de 1988. *ICSID Reports*. Vol. 3, 1995, pp. 140 y ss.

²⁵ Decisión sobre competencia de 27 de noviembre de 1985, cit., pp. 127 y ss; Decisión sobre competencia de 14 de abril de 1988, cit., pp. 146 y ss.

²⁶ Decisión sobre competencia de 14 de abril de 1988, cit., pp. 147-161.

²⁷ Esta disposición establece: “*Without prejudice to the right to Resort to Egyptian Courts, investment disputes related to the implementation of the provisions of this law may be settled in the manner to be agreed upon with the investor. The parties concerned may also agree to settle such disputes within the frameworks of the agreements in force within the Arab Republic of Egypt*”.

8. Más recientemente, puede citarse la decisión de competencia en el asunto Tradex Hellas c. Albania, en donde el tribunal fundamentó su competencia en el consentimiento otorgado por parte de Albania en el artículo 8.2 de la Ley de protección de inversiones extranjeras de 1993²⁸. Dicha disposición establece que “*a foreign investor may submit the dispute for resolution and the Republic hereby consents to the submission thereof, to the International Center for Settlement of Investment Disputes*”. Como fácilmente puede deducirse no parecen existir dudas una vez efectuada su lectura de que estamos en presencia de una verdadera “oferta” incondicional de consentimiento por parte del Estado albanés. Así, lo señala el tribunal arbitral al declarar que “*although consent by written agreement is the usual method of submission to ICSID Jurisdiction, it can now be considered as established and not requiring further reasoning that such consent can also be effected unilaterally by a Contracting State in its national laws, the consent becoming effective at the latest if and when the foreign investor files its claim with ICSID making use of the representative national law. Therefore (article 8.2 of the Albanian) 1993 Law together with Tradex’s Request*

for Arbitration must be considered as sufficient consent (...)”²⁹.

9. En un sentido totalmente contrario a la anterior decisión, se ha manifestado el tribunal arbitral en el asunto Biwater c. Tanzania³⁰. Ello no debe extrañarnos en tal caso una vez leída la cláusula contemplada en el artículo 23.2 de la Ley de Tanzania sobre inversiones extranjeras de 1997. En esta disposición se ofrece al inversor tres opciones para resolver la disputa –entre ellas, acudir a un arbitraje CIADI–, pero condicionada tal posibilidad por los términos “*as may be mutually agreed by the parties*”. Estas palabras dejan bien claro que no hay una “oferta” firme y clara de consentimiento estatal, sino que es preciso un acuerdo específico posterior entre el inversor y el Estado tanzano, por lo tanto, únicamente puede catalogarse tal disposición como una simple invitación *ad futurum* realizada al inversor para entablar negociaciones sobre un acuerdo de solución de controversias. El tribunal arbitral así lo declara al señalar que “*...This analysis faces the immediate –and in the Arbitral Tribunal’s view insurmountable– difficulty that the options for dispute resolution in Section 23.2(a)-(c) are conditioned by the words “as may be mutually agreed by the*

and the investor’s home country; or within the framework of the Convention for Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States to which the Arab Republic of Egypt has adhered by Law No. 90 for 1971, subject to the terms and conditions, and in the instances where such agreements do apply. It may further be agreed to settle the disputes referred to above through arbitration before the Regional Center for International Commercial Arbitration in Cairo”. Vid. Sobre esta nueva Ley, MARCHAIS, B.P. “The New Investment Law of the Arab Republic of Egypt”. *ICSID Review-FILJ*. Vol. 4, 1989, pp. 305 y ss.

²⁸ Caso CIADI, N° ARB/94/2, Decisión sobre competencia de 24 de diciembre de 1996, *ICSID Rev.-FILJ*. Vol.14, 1999, pp. 161 y ss.

²⁹ Decisión sobre competencia, cit., pp. 186-187.

³⁰ Caso CIADI, N° ARB/05/22, Laudo de 24 de julio de 2008, disponible en <http://ita.law.uvic.ca/documents/Biwateraward.pdf>.

*parties". In the present context, these words are most naturally read as meaning that a dispute may be referred to any one of the three options, but only depending upon the agreement of the parties. In other words, a subsequent agreement between the parties is required – which is very different from a standing unilateral offer which simply requires acceptance by an investor. Indeed, there is no other language at all in Section 23 to suggest a standing unilateral offer by the Republic"*³¹.

10. Por último, y en relación con esta cuestión, a pesar de que todavía no existe pronunciamiento de ningún tribunal arbitral al respecto, es importante destacar la decisión adoptada por el Tribunal Supremo de Venezuela de 17 de octubre de 2008 en relación con la interpretación que ha de concederse al consentimiento otorgado por el Estado venezolano al recurso al arbitraje internacional en el artículo 22 de la Ley de promoción y protección de inversiones de 1999³². Esta disposición establece que "las controversias que surjan entre un inversionista internacional, cuyo país de origen tenga vigente con Venezuela un tratado o acuerdo sobre promoción y protección de inversiones, o las controversias respecto de las cuales sean aplicables las disposiciones del Convenio Constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI-MIGA) o

del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (CIADI), serán sometidas al arbitraje internacional en los términos del respectivo tratado o acuerdo, si así éste lo establece, sin perjuicio de la posibilidad de hacer uso, cuando proceda, de las vías contenciosas contempladas en la legislación venezolana vigente".

En la citada sentencia, el Tribunal Supremo venezolano ha negado que dicha expresión de voluntad pueda considerarse una verdadera "oferta" de consentimiento estatal que permitiría entender que una posterior aceptación por parte del inversor extranjero, satisface el requisito de la necesidad de un consentimiento mutuo de las partes para poder iniciarse un procedimiento arbitral válidamente. Por el contrario, se entiende que para que pueda existir consentimiento es preciso un posterior acuerdo específico entre el Estado y el inversor³³. Si dicha interpretación será o no aceptada por los tribunales arbitrales con posterioridad, es una cuestión abierta de suma importancia, a juzgar por los asuntos que se están iniciando en el CIADI fundamentando la competencia de los tribunales precisamente en dicha "oferta" de consentimiento estatal-Brandes Investment c. Venezuela es un buen ejemplo³⁴—, siempre eso sí teniendo

³¹ Laudo, cit, N° 329.

³² La sentencia se puede consultar en la dirección electrónica <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Octubre/1541-171008-08-0763.htm>.

³³ En un sentido contrario a la citada sentencia del Tribunal Supremo venezolano se había manifestado con anterioridad, LEMENEZ DE KERDELLEAU, G. "State Consent to ICSID Arbitration: Article 22 of the Venezuelan Investment Law". *TDM*. Vol. 4, N° 3, 2007, pp. 6-9.

³⁴ Caso CIADI N° ARB/08/3. El procedimiento se encuentra en la actualidad suspendido desde el 28 de julio de 2009, tras la renuncia del Presidente del tribunal arbitral. Con anterioridad, se había adoptado una resolución el 2 de febrero de 2009, rechazando el tribunal, la excepción

presente que, cualquier tribunal arbitral no se ve para nada constreñido en orden a fundamentar su propia competencia, por la decisiones que hayan podido adoptar los órganos judiciales de un Estado.

3. CONSENTIMIENTO ESTATAL EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES

11. Tal y como hemos ya señalado, la peculiaridad con que cuenta la iniciación de un arbitraje internacional basado en un Tratado internacional sobre inversiones —en adelante TPPI— consiste en la manera de otorgar el consentimiento por la parte estatal³⁵. Se puede decir que en las cláusulas contenidas en dichos TPPI lo que existe es una “oferta” de consentimiento o, dicho en otras palabras, un consentimiento avanzado por parte del Estado receptor de la inversión³⁶.

12. El primer caso que fue conocido por un tribunal arbitral del CIADI y cuya competencia se basó en una disposición de este tipo fue en el asunto Asian Agricultural

Products Ltd. (AAPL) c. República de Sri Lanka³⁷. En concreto, la parte demandante inició el procedimiento basándose en el consentimiento otorgado por Sri Lanka en el artículo 8 del TPPI entre Gran Bretaña y Sri Lanka que señala que “Cada Estado contratante desde aquí consiente en someter al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones para el arreglo mediante conciliación o arbitraje de acuerdo a la Convención...de las diferencias que surjan entre ese Estado contratante y un nacional o empresa del otro Estado contratante en relación a una inversión de este último en el territorio del primero”.

13. Esta manera de otorgar el consentimiento forma parte del conjunto de garantías que se ofrecen a los inversores en relación con la protección de sus inversiones, esto es, buscan lograr la confianza de los inversores del otro Estado o Estados contratantes. Como tal “oferta” de consentimiento, la misma habrá de ser aceptada por parte de los inversores nacionales del otro Estado o Estados parte del TPPI para que pueda

presentada por la parte demandada basada en el artículo 45.1 del Reglamento de Arbitraje en relación con la manifiesta falta de fundamento jurídico de la reclamación —demanda frívola—.

³⁵ En relación a esta forma de prestación de consentimiento, C. SCHREUER, “Consent to Arbitration”, Art. cit., p. 836, señala que: “*The vast majority of bilateral investment treaties (BITs) contain clauses referring to investment arbitration. Most investment arbitration cases in recent years are based on jurisdiction established through BITs. The basic mechanism is the same as in the case of national legislation: the States parties to the BIT offer consent to arbitration to investors who are nationals of the other contracting party. The arbitration agreement is perfected through the acceptance of that offer by an eligible investor*”.

³⁶ CREMADES, B. “Arbitration in Investment Treaties: Public Offer of Arbitration in Investment Protection Treaties”. En: *Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century. Liber Amicorum K-H. Böckstiegel*. Colonia. Carl Heymanns, 2001, pp. 149-164; PRUJINER, A. “L’arbitrage unilatéral: un coucou dans le nid de l’arbitrage conventionnel?”. *Rev. arb.*, N° 1, 2005, pp. 63-99; RODRIGUEZ JIMENEZ, S. “Los tratados bilaterales de promoción y protección recíproca de inversiones como vía de acceso al CIADI”, *DeCITA*, N° 3, 2005, pp. 119-149; BEN HAMIDA, W. *L’arbitrage transnational unilatéral. Réflexions sur une procédure réservée à l’initiative d’une personne privée contre une personne publique*, Tesis doctoral, Paris II, 2003, pp. 24-161.

³⁷ Laudo de 27 de junio de 1990, *ICSID Reports*, Vol.4, 1997, pp. 245 y ss.

predicarse la existencia de consentimiento mutuo al arbitraje internacional³⁸. En este sentido, hay que recordar que, en muchas ocasiones, las disposiciones sobre arreglo de controversias inversor-Estado en los TPPI incluyen como condición previa a la posibilidad de instar un arbitraje internacional, la necesidad de intentar llegar a un acuerdo amistoso por las partes mediante negociaciones y también, la obligatoriedad de acudir a los recursos internos, ya sea durante un plazo de tiempo o incluso su agotamiento. De tal manera, que la aceptación del inversor del consentimiento estatal “ofertado” en un TPPI, conlleva igualmente el

cumplimiento de dichas condiciones y limitaciones³⁹.

14. Sin embargo, a pesar de esta caracterización general, la tipología existente de dichas ofertas estatales en los TPPI nos obliga a distinguir de forma detallada dichas manifestaciones de voluntad, pues no en todos los casos en donde se realiza una referencia al arbitraje internacional constituyen una verdadera “oferta” que en caso de ser aceptada por el inversor se transforma en un consentimiento vinculante para ambas partes para acudir a dicho método de resolución de controversias⁴⁰. En concreto,

³⁸ Vid. remarcando esta idea de que el consentimiento otorgado en los TPPI es únicamente el del Estado parte en el mismo, por lo que siempre es preciso para iniciar un procedimiento arbitral que el inversor privado manifieste también su voluntad de someterse al arbitraje, HORCHANI, F. “Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation”, *Journ. dr.int.*, N° 2, 2004, pp. 405-408; GIARDINA, A.; “International Investment Arbitration: Recent Developments as to Applicable Law and Unilateral Recourse”. *Law and Practice of International Courts & Tribunals*. Vol. 5, 2006, p. 36; A. REDFERN, M. HUNTER, N. BLACKABY y C. Partasides; *Teoría y práctica del Arbitraje comercial internacional*. 4ª ed. Aranzadi, 2006, pp. 140-141: “El típico acuerdo de arbitraje es el que se celebra entre las partes en un momento dado, ya sea mediante una cláusula compromisoria o una cláusula posterior, o un compromiso posterior. Sin embargo, los TBI adoptan una postura distinta. El Estado parte hace, por así decirlo, una oferta abierta de someter a arbitraje cualquier controversia que pudiera surgir en el futuro; sin embargo, no es hasta el momento en que de hecho se suscita la controversia y el inversor particular acepta esta oferta de arbitrar, que se constituye un “acuerdo de arbitraje”. ...una situación que dista mucho del concepto habitual de arbitraje. Ciertamente, el concepto de la “oferta abierta” de someter las controversias a arbitraje difiere del modelo convencional. A pesar de ello, una vez aceptada la oferta se perfecciona un verdadero acuerdo de arbitraje del cual es parte tanto el Estado (o la entidad estatal) como el inversor privado”.

³⁹ Sólo la posibilidad de aceptar el juego de la cláusula de la nación más favorecida en el ámbito de los métodos de resolución de controversias podría evitar el cumplimiento de dichas exigencias. Vid. sobre esta cuestión, FERNANDEZ MASIA, E. “Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral en materia de inversiones extranjeras”, *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el mundo*. Dir. C. SOTO COAGUILA. Instituto Peruano de Arbitraje, 2008, pp. 879-898; BEN HAMIDA, W. “Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de solution des différends: que dit l'histoire?”. *Journ.dr.int.*, N° 4, 2007, pp. 1127-1162.

⁴⁰ Vid. sobre la variedad de cláusulas, BROCHES, A.; “Bilateral Investment Protection Treaties and Arbitration of Investment Disputes”. En: *Selected Essays. World Bank, ICSID...*, *Op. cit.*, pp. 447 y ss.; MIGLIORINO, L. *Gli Accordi internazionali sugli investimenti*, Milán, Giuffrè, 1989, pp. 186 y ss.; BEN HAMIDA, W.; *L'arbitrage transnational unilateral...*, *Op. cit.*; pp. 26-62; SCHREUER, C.; MALINTOPPI, L.; REINISCH, A. y SINCLAIR, A. *The ICSID Convention...*, *Op. cit.*; pp. 206-211; DUGAN, C.; WALLACE, D.; RUBINS, N. y SABAHI, B. *Investor-State Arbitration*, *Op. cit.*; pp. 236-242.

se puede hacer una distinción entre cuatro grandes grupos de TPPI:

a) Aquellos TPPI, que son la mayoría, que contienen “ofertas” de consentimiento al arbitraje internacional de naturaleza clara e inequívocamente obligatoria y vinculante para los Estados parte en este Tratado⁴¹. En este grupo se incluirían tanto aquellos Tratados con cláusulas con un consentimiento expreso al procedimiento arbitral, como aquellos otros donde los términos utilizados no dejan lugar a dudas de la existencia de un compromiso por parte de los Estados contratantes de acudir a aquel, ya sea de forma exclusiva a favor del CIADI o en compañía de otros medios de solución de diferencias. Este grupo de TPPI sería en el único caso donde la aceptación del inversor nacional del otro Estado contratante por sí sola perfeccionaría el consentimiento a someter las diferencias a un procedimiento arbitral⁴². Dentro de este primer grupo se utilizan expresiones como “*la diferencia será sometida al Centro*” o “*las partes tienen el derecho a iniciar el procedimiento*”. En el caso de ser una cláusula que contempla varios medios de solución de diferencias, se suele dar la opción de elegir el método de solución de controversias al inversor. En la práctica española puede citarse el artículo 11.2 del Acuerdo para la protección y fomento recíproco de inversiones entre el Reino de

España y la República Árabe de Egipto, firmado en Madrid el 3 de noviembre de 1992⁴³, que declara que si la controversias no pueden resolverse de forma amistosa:

“Serán sometidas, a opción del inversor:

- A un tribunal de arbitraje de acuerdo con el Reglamento del Instituto de Arbitraje de la Cámara de comercio de Estocolmo;
- A la Corte de Arbitraje de la Cámara de comercio internacional de París;
- Al tribunal del arbitraje ad hoc establecido en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional;
- Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el “Convenio sobre el arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados”, en caso de que ambas partes lleguen a ser signatarias de este Convenio;
- Al Centro Regional de Arbitraje Comercial Internacional de El Cairo”.

b) En un segundo grupo se encuentran aquellos TPPI que contienen cláusulas referidas al procedimiento

⁴¹ Vid. BROCHES, A.; “Bilateral Investment Protection...”, Art. cit., pp. 450-451. Sería en palabras de J-P. LAVIEC un “consentimiento automático”. *Protection et promotion des investissements*. París: PUF, 1985, p. 278.

⁴² No sería en consecuencia necesario para acudir al procedimiento arbitral haber incluido necesariamente una cláusula compromisoria en el contrato que une al Estado receptor y al inversor nacional del otro Estado parte en el TPPI, contrariamente a lo que señala M. SORNARAJAH, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge: Grotius, 1988, p. 268.

⁴³ BOE Nº 155, de 30 de junio de 1994.

arbitral, donde se realiza una promesa por parte de los Estados contratantes de que a solicitud del inversor extranjero el Estado receptor ha de otorgar el consentimiento. No constituye en consecuencia una “oferta” de consentimiento que por la mera aceptación del inversor se podría considerar perfeccionado el consentimiento, sino que se requiere una acción posterior del Estado receptor que sería la que en última instancia constituiría ese consentimiento. Si ante la solicitud del inversor, el Estado receptor niega la prestación de su consentimiento, el inversor por sí mismo no puede obligar a ese Estado a que lo haga, pero sí lo podría hacer el otro Estado contratante del TPPI, Estado del que es nacional el inversor, ya que el Estado receptor estaría incumpliendo sus obligaciones derivadas del TPPI, y si aún así siguiese manteniendo tal actitud podría acudir a los medios de solución de controversias interestatales previstos en ese texto convencional⁴⁴. Un ejemplo de este tipo lo encontramos en el artículo 2 del TPPI entre Holanda y Costa de Marfil que señala que “*La Partie contractante sur le territoire de laquelle un ressortissant*

de l'autre Partie contractante effectue ou envisage d'effectuer un investissement devra consentir à toute demande de la part de ce ressortissant en vue de soumettre (...)”⁴⁵.

c) En un tercera categoría podemos agrupar todos aquellos TPPI donde la referencia al procedimiento arbitral como método de solución de controversias constituye una mera declaración de que los Estados parte tendrán de forma general una consideración favorable hacia los mismos⁴⁶. Descartada de cualquier forma que estas cláusulas puedan de alguna manera considerarse como un consentimiento “avanzado”, únicamente cabe que ante una solicitud de un inversor extranjero para que el Estado receptor preste su consentimiento, este Estado no actúe de forma arbitraria al considerar tal solicitud⁴⁷. Un ejemplo puede encontrarse en el artículo 11 del TPPI entre Holanda y Kenia que declara que “*The contracting party in the territory of which a national of the other contracting party makes or intends to make an investment, shall give sympathetic consideration to a request*

⁴⁴ PARRA, A.R.; “Provisions on the Settlement...”, Art. cit., p. 323; DOLZER, R. y STEVENS, M. *Bilateral Investment Treaties*, Dordrecht, Kluwer, 1995, p. 134; LAVIEC, J-P.; *Protection et promotion...*, Op. cit.; p. 279; MIGLIORINO, L. *Gli Accordi Internazionali...* Op. cit.; pp. 206-207. Tal y como señalan C. DUGAN, D. WALLACE, N. RUBINS y B. SABAH. *Investor-State Arbitration*. Op. cit.; p. 237: “*In practice, without significant pressure from the investor's home state, the host state to an investment dispute normally has little incentive to voluntarily submit to arbitration after the dispute has arisen*”. En este sentido, y como un supuesto excepcional donde esto ocurrió puede verse el caso CIADI Compañía del Desarrollo de Santa Elena c. Costa Rica, N° ARB/96/1, donde los Estados Unidos presionaron para que, mediante el logro de retrasar el desembolso de un préstamo concedido por el Banco Interamericano de Desarrollo a Costa Rica, este último país al final consintiese acudir al arbitraje internacional para solventar su diferencia.

⁴⁵ Citado por J-P-LAVIEC. *Protection et promotion...* Op. cit.; p. 278.

⁴⁶ DELAUME, G.; “Le Centre International pour...”, Art. cit., p. 785. Las cláusulas de estos Acuerdos son criticados por J-P. LAVIEC ya que, en última instancia, la posibilidad de que exista un convenio arbitral dependerá del poder de negociación de un inversor extranjero en relación con el Estado receptor de la inversión. *Protection et promotion...*, Op. cit.; p. 279.

⁴⁷ MIGLIORINO, L.; *Gli Accordi Internazionali...* Op. cit.; p. 208.

*on the part of such national to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention of Washington of 18 March 1965, any dispute that may arise in connection with the investment*⁴⁸.

d) Por último, en un cuarto grupo ha de englobarse todos aquellos TPPI que contienen cláusulas en referencia al arbitraje internacional y donde se expresa claramente que es necesario un acuerdo específico posterior entre el Estado receptor y el inversor nacional del otro Estado contratante de sometimiento al procedimiento arbitral. Un ejemplo claro es el artículo 9.1 del TPPI entre Suecia y Malasia de 1979 que declara que "en el caso de que una diferencia surja entre un nacional o una compañía de una parte contratante y la otra parte contratante en relación con una inversión en el territorio de esta otra parte contratante, será por acuerdo de ambas partes que la diferencia se someterá al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de diferencias relativas a inversiones establecido por el Convenio de Washington sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, de 18 de marzo de 1965"⁴⁹.

15. En consecuencia, únicamente cuando estemos en presencia de una cláusula de un TPPI del primer grupo, se puede decir que existe una verdadera

"oferta" de consentimiento del Estado receptor al arbitraje internacional. Pero, tal y como hemos señalado con anterioridad, ésta por sí sola no pueden constituir el fundamento para la competencia de un tribunal arbitral internacional, sino que es necesario en todo caso, la aceptación por parte del inversor⁵⁰. En este sentido, en algunos TPPI se señala, que tras la aceptación del inversor de la "oferta" estatal, cualquiera de las partes podrá iniciar un procedimiento arbitral internacional. Son los casos de los TPPI bilaterales celebrados por Gran Bretaña y Suiza. Así, por ejemplo, el artículo 8.3 del Acuerdo Modelo de Gran Bretaña que lleva por título "Referencia al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones" señala que "Si cualquier diferencia surgiese y un acuerdo no pudiera ser alcanzado en los tres meses siguientes entre las partes de la diferencia a través del recurso a los tribunales internos o de cualquier otra manera, entonces, si el nacional o la sociedad afectada también consiente por escrito en someterse a la conciliación o al arbitraje de acuerdo a la Convención, cualquiera de las partes puede iniciar el procedimiento al dirigir una solicitud al efecto al Secretario General del Centro tal y como se establece en los artículos 28 y 36 de la Convención"⁵¹ (énfasis agregado).

16. La aceptación por parte del inversor, en la práctica, se plantea de forma

⁴⁸ Citado por R. DOLZER y M. STEVENS. *Bilateral Investment Treaties... Op. cit.*; p. 133.

⁴⁹ Citado por R. DOLZER y M. STEVENS. *Bilateral Investment Treaties... Op. cit.*; p. 132.

⁵⁰ C. SCHREUER. "Consent to Arbitration", Art. cit., p. 836: "A provision on consent to arbitration in a BIT is merely an offer by the respective States that requires acceptance by the other party. That offer may be accepted by a national of the other State party to the BIT".

⁵¹ Recogido por R. DOLZER y M. STEVENS. *Bilateral Investment Treaties... Op. cit.*; p. 234.

enormemente flexible, aunque en todo caso ha de realizarse con anterioridad a la iniciación del procedimiento arbitral⁵². Un ejemplo lo encontramos en el asunto *American Manufacturing & Trading Inc. c. República de Zaire*⁵³, en donde el tribunal arbitral señaló que la solicitud de iniciación del procedimiento ante el CIADI por parte de la empresa ha de considerarse como la aceptación de la previa “oferta” realizada por Zaire en el Tratado bilateral de 1984 entre este país y Estados Unidos, con lo que existía un verdadero consentimiento de ambas partes al procedimiento arbitral del Centro⁵⁴. Igualmente, en este mismo sentido, se manifiesta el tribunal arbitral en el caso *Generation Ukraine c. Ucrania*, al declarar que: “*Neither of these arguments have any merit. First, it is firmly established that an investor can accept a State’s offer of ICSID arbitration contained in a bilateral investment treaty by instituting ICSID proceedings. There is nothing in the BIT to suggest that the investor must communicate its consent in a different*

form directly to the State; to the contrary, the express language of Article VI(3)(a) dictates otherwise: “...the national or company concerned may choose to consent in writing to the submission of the dispute for settlement by binding arbitration: (i) to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes...”. It follows that the Claimant validly consented to ICSID arbitration by filing its Notice of Arbitration at the ICSID Centre”⁵⁵.

Esta necesaria declaración de voluntad para la perfección del consentimiento, sin embargo, parece ser olvidada por algunos TPPI bilaterales que declaran la posibilidad de que cualquiera de las partes en la diferencia pueda acudir directamente al arbitraje con la única base de la oferta estatal realizada en el propio Tratado, posibilidad que sólo cabe a la parte inversora pues mediante su solicitud de iniciación de un procedimiento arbitral manifestaría su aceptación, pero nunca a la parte estatal en la diferencia⁵⁶. Así por ejemplo en el artículo 8 del TPPI entre Francia y

⁵² Tal y como ya hemos señalado en relación con la aceptación de la “oferta” realizada en una Ley estatal de protección de inversiones, otras posibles formas de aceptar dicha “oferta” en un Tratado, junto con la solicitud de iniciación del procedimiento arbitral, podrían ser a través de una notificación al gobierno del Estado receptor de la inversión o mediante una solicitud de autorización de una inversión. En este sentido, puede citarse el caso *CIADI El Paso c. Argentina*, N° ARB/03/15, Decisión sobre competencia, de 27 de abril de 2006, N° 36, donde se hace referencia a la carta enviada por la parte demandante al Estado argentino donde se declara la aceptación del consentimiento ofertado por el Estado argentino en el Tratado bilateral entre Argentina y Estados Unidos, informando de la posibilidad de iniciar un procedimiento arbitral para el caso de que las partes no pudieran resolver amigablemente su diferencia mediante negociaciones.

⁵³ *ILM*. Vol. 36, 1997, pp. 1531 y ss.

⁵⁴ Vid. Sobre este asunto, CHATTERJEE, C.; “The Arbitration between American Manufacturing & Trading Inc. and The Republic of Zaire. When Challenges to the Jurisdiction of an ICSID Tribunal are no Valid”. *J.Int’l Arb.* Vol. 16. N° 1, 1999, p. 42.

⁵⁵ Laudo de 16 de septiembre de 2003, disponible en <http://ita.law.uvic.ca>, N° 12.2 y 12.3.

⁵⁶ Vid. BERNARDINI, P. “Investment Arbitration under the ICSID Convention and BITs”. En: *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution. Liber Amicorum in honour of R.Briner*. París: ICC, 2005, p. 98.

Nigeria de 1990 que declara que “Toda diferencia relativa a las inversiones entre cualquiera de las dos partes contratantes y un inversor de la otra, será en la medida de lo posible, amigablemente dirimida entre las dos partes en la controversia. Si tal diferencia no pudiera ser dirimida en el plazo de seis meses a partir del momento en que haya sido promovida la diferencia por cualquiera de las partes, *se someterá a petición de cualquiera de ellas* al arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por la Convención sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecha en Washington el 18 de marzo de 1965”⁵⁷ (subrayado agregado). En igual error incurre el artículo 11.2 del Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República de Nicaragua, hecho en Managua el 16 de marzo de 1994⁵⁸, al señalar que si la controversia no puede ser resuelta mediante un acuerdo amistoso en el plazo de seis meses, “*será sometida a elección de cualquiera de las partes en controversia:...* Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) creado por el “Convenio sobre el arreglo de

diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (...)” (cursiva agregada).

17. Una última cuestión merece nuestra atención en relación con las “ofertas” de consentimiento estatal contempladas en los TPPI. La misma se refiere a los efectos que produce sobre aquellas la reciente denuncia de algunos Estados parte de la Convención CIADI, en concreto de Bolivia y Ecuador⁵⁹. Con la misma estos países dejan de ser Estados contratantes del texto convencional. Sin embargo, hemos de señalar que tal denuncia no afecta al consentimiento otorgado con anterioridad por estos Estados y por ello, las posibilidades de acudir a este arbitraje internacional siguen abiertas respecto de los derechos y obligaciones relativas a una inversión realizada antes de la fecha en que se recibe aquella⁶⁰.

Más en concreto, la condición de Estado contratante no perfecciona el consentimiento necesario para acudir a un arbitraje CIADI. Es preciso siempre que las dos partes, inversor y Estado, hayan otorgado su consentimiento a dicho arbitraje. Por lo tanto, las “ofertas” de consentimiento otorgadas por los países en los TPPI que les vinculan siguen estando

⁵⁷ Este precepto se recoge por R. DOLZER y M. STEVENS. *Bilateral Investment Treaties, Op. cit.*; p. 134.

⁵⁸ BOE N° 98, de 25 de abril de 1995.

⁵⁹ Bolivia denunció la Convención CIADI el 2 de mayo de 2007, desplegando sus efectos a partir del 3 de noviembre de 2007. Por su parte, Ecuador realizó la notificación de denuncia el 6 de julio de 2009, dejando de ser parte a partir del 7 de enero de 2010.

⁶⁰ Téngase en cuenta el artículo 72 de la Convención CIADI que señala que “las notificaciones de un Estado Contratante hechas al amparo de los Artículos 70 y 71 no afectarán a los derechos y obligaciones, conforme a este Convenio, de dicho Estado, sus subdivisiones políticas u organismos públicos, o de los nacionales de dicho Estado nacidos del consentimiento a la jurisdicción del Centro dado por alguno de ellos con anterioridad al recibo de dicha notificación por el depositario”.

vivas y podrían ser aceptadas por los inversores hasta la fecha en que se reciba una denuncia de la Convención CIADI. Sin embargo, mayores dudas se plantean para el supuesto de que la aceptación por parte del inversor fuese realizada con posterioridad a la fecha en que se reciba la denuncia del texto convencional. En este caso, para E. GAILLARD, el tenor literal del artículo 72 del Convenio, permitiría que, dado que se hace referencia únicamente al consentimiento estatal y no al consentimiento de ambas partes, las “ofertas” estatales otorgadas por los Estados en sus TPPI podrían ser aprovechadas por parte de los inversores extranjeros para iniciar un arbitraje CIADI⁶¹. Sin embargo, en mi opinión, dado que la “oferta” de consentimiento

otorgado por los Estados en sus TPPI para poder iniciar un arbitraje CIADI se extingue en sus efectos una vez que la denuncia de la Convención ha llegado a ser recibida –por así decirlo, existe una retirada del consentimiento avanzado con anterioridad–, la solución contraria debería ser la preferible, y por tanto, no cabrían nuevos procedimientos arbitrales⁶². Esta última solución, sin embargo, no debería hacernos llegar a la conclusión de que la vía del arbitraje internacional ha quedado cerrada a los inversores extranjeros. En efecto, de forma general, en los TPPI celebrados por estos Estados, el CIADI es sólo una alternativa, otorgándose, entre otras posibilidades, la opción de poder acudir a un procedimiento arbitral internacional regulado de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

⁶¹ GAILLARD, E. “The Denunciation of the ICSID Convention”. *New York L.J.* N° 122, 26 june 2007.

⁶² En este sentido, C. SCHREUER. “The Future of Investment Arbitration”, en prensa, p. 11: “*It follows that once an offer of consent made by the host State by way of legislation or treaty has been accepted by the investor, the Convention’s denunciation will not affect the jurisdiction. If the investor has not perfected consent by the time of the notice for the Convention’s denunciation, it will not enjoy the benefits of the Convention. Therefore, a prudent investor will not wait until it is ready to file a request for arbitration before it accepts an offer of arbitration contained in legislation or treaty. If it does so it runs the risk of losing the benefit of the ICSID Convention after its denunciation by the host State*”, disponible en http://www.univie.ac.at/intlaw/pdf/98_futureinvestmentarbitr.pdf. Esta misma idea en C. SCHREUER, L. MALINTOPPI, A. REINISCH, y SINCLAIR, A. *The ICSID Commentary...* Op. cit.; pp. 1280-1281, donde se declara que “*Consent to jurisdiction is perfected only after its acceptance by both parties. A unilateral offer of consent by the host State through legislation or a treaty after receipt of the notice of exclusion or denunciation under Art.70 o 71 would not succeed. In order to be preserved by Art.72, consent would have to be perfected prior to the receipt of the notice of exclusion or denunciation. In order to benefit from the continued validity under Art.72, consent must have been given before the denunciation of the Convention or exclusion of a territory. Under the explicit wording of Art. 72, the relevant date is the date of the receipt of the notice by the depositary. Therefore the provision in Art.71 that the denunciation of the Convention by a State party takes effects only six months after notice has been given does not afford an opportunity to perfect consent during this period*”. Aunque mi opinión no ha cambiado en términos generales sobre esta cuestión, sin embargo, he de advertir que una lectura más correcta de los disposiciones de la Convención CIADI me ha obligado a modificar la interpretación que había expuesto con anterioridad en el trabajo “El incierto futuro del arbitraje de inversiones en Latinoamérica”, Art. cit., pp. 753-754, en relación con la fecha a partir de la que una aceptación por parte del inversor no crearía derechos y obligaciones bajo el texto convencional.

Como conclusión en relación a esta cuestión, por lo tanto, la retirada del CIADI por parte de Bolivia y Ecuador no significa un rechazo rotundo al arbitraje internacional como método de solución de controversias, sino más bien, una manera de mostrar una profunda rebeldía frente a una institución que no olvidemos depende del Banco Mundial. En este sentido, estos países forman conjuntamente con otros diez Estados latinoamericanos –Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Guyana, Paraguay, Perú, Uruguay, Surinam y Venezuela– la Unión de Naciones Suramericanas –UNASUR– adoptada en Brasilia en mayo de 2008. En dicha organización se ha llegado al acuerdo para crear un nuevo organismo que resuelva los litigios con empresas extranjeras que operan en sus territorios. Con ello se pretende dejar de lado la posibilidad de acudir al CIADI y que este nuevo organismo sea el que resuelva en exclusiva los conflictos en esta materia⁶³. Conjuntamente con esta iniciativa, los países miembros de la Alternativa Bolivariana para los pueblos de nuestra América –ALBA–, que son a noviembre de 2009, Antigua y Barbuda, Cuba, Nicaragua, Bolivia, Venezuela,

Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras y San Vicente y las Granadinas, muy recientemente en su VII Cumbre celebrada en Cochabamba los días 16 y 17 de octubre, reiteraron la idea de crear un Centro de arbitraje en la declaración final de dicha reunión⁶⁴.

4. VALORACIÓN FINAL

18. La existencia y las condiciones necesarias para un verdadero sometimiento de las partes al arbitraje ha constituido siempre una cuestión controvertida. Esta cuestión adquiere unos contornos especiales en el sector del arbitraje en inversiones. Ello se debe a las especiales características de prestación del consentimiento estatal a este método de resolución de controversias. Las “ofertas” de consentimiento estatal incluidas en las legislaciones nacionales sobre inversiones y en los Tratados internacionales y el control que los inversores mantienen sobre la puesta en marcha del mecanismo arbitral, han supuesto una profunda transformación de las disputas sobre inversiones extranjeras, aumentando exponencialmente los litigios

⁶³ Por ahora se viene realizando distintas reuniones de un grupo de trabajo denominado “Mecanismo para la solución de controversias en materia de inversiones en el marco de UNASUR”, en donde se discute, como un primer paso, la adopción de un marco jurídico para el establecimiento de un Centro de Asesoría Legal de UNASUR en materia de inversiones y la solución de diferencias. Este Centro de Asesoramiento, que cuenta ya con un precedente en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, buscaría dar satisfacción a una de las mayores reivindicaciones de los países sudamericanos cuando estos se ven envueltos en un arbitraje internacional en este ámbito: la falta de preparación de muchos de sus funcionarios en estos temas supone el tener que buscar asesoramiento jurídico para la defensa de sus posiciones mediante la contratación de los servicios de firmas internacionales de abogados, lo que ha provocado que los costes derivados de los arbitrajes sean casi prohibitivos para las arcas de muchos de estos países.

⁶⁴ Vid. CABRERA DÍAZ, F. “Alba Moves forward with Plan to Create Regional Investment Arbitration Alternative to ICSID at 7th Summit”, disponible en <http://www.investmenttreatynews.org/cms/news/archive/2009/11/01/alba-moves-forward-with-plan-to-create-regional-investment-arbitration-alternative-to-icsid-at-7th-summit.aspx>.

y con ello las decisiones arbitrales que ponen fin a la diferencia. Tal aumento ha conducido a una cierta sorpresa conjugada con una seria preocupación por parte de los Estados sobre si sus compromisos habían ido demasiado lejos y no es hora de poner límites, reservándose una mayor espacio para desarrollar con más libertad políticas de tutela y promoción de intereses públicos. La correcta interpretación de las cláusulas de solución de controversias

por parte de los tribunales arbitrales, y en especial, sus decisiones sobre la existencia de un claro e inequívoco consentimiento estatal al arbitraje, no han de convertirse en un ingrediente más que avive el sentimiento expuesto. Por el contrario, parece el momento en el que, sin dejar de lado el arbitraje, pudiera abrirse la vía para incorporar otros métodos alternativos de solución de diferencias al ámbito de las disputas en inversiones extranjeras.

VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS (*)

ELENA ARTUCH IRIBERRI (**)

SUMARIO: 1. *Contenido y problemas del convenio arbitral.* 1.1. *Características del acuerdo de arbitraje.* 1.1.1. *Objeto.* 1.1.2. *Cláusula compromisoria y compromiso arbitral: persistencia de una distinción perturbadora.* 1.2. *Separabilidad de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal.* 1.2.1. *Principio de separabilidad.* 1.2.2. *Repercusiones en el plano de la ley aplicable.* 1.3. *Alcance de la autonomía de la voluntad.* 1.3.1. *Determinación de la voluntad inequívoca.* 1.3.2. *Existencia de cláusulas imprecisas o contradictorias.* 1.4. *Competencia de los árbitros sobre su propia competencia.* 1.4.1. *Justificación de la potestad.* 1.4.2. *Momento procesal para efectuar el pronunciamiento y posibilidad de impugnación.* 2. *Problemas particulares de la cláusula arbitral.* 2.1. *Cláusulas patológicas.* 2.1.1. *Supuestos generadores de la patología.* 2.1.2. *Acción integradora por parte del juez.* 3. *Efecto negativo del convenio arbitral.* 3.1. *Alcance general del convenio arbitral.* 3.1.1. *Cláusula compromisoria y cláusula atributiva de competencia.* 3.1.2. *Eficacia del convenio arbitral en relación con los tribunales estatales: situaciones en presencia.* 3.1.3. *El caso CCT / FCC.* 4. *Eficacia del convenio arbitral en España: el funcionamiento del artículo II CNY y la Ley de Arbitraje.* 4.1. *Elenco de materia a tratar.* 4.2. *Arbitrabilidad de la diferencia.* 4.3. *La voluntad de las partes en someterse a arbitraje.* 4.4. *Ámbito del convenio arbitral.* 4.4.1. *Contenido.* 4.4.2. *Forma.* 4.5. *Efectos del convenio arbitral internacional.* 4.5.1. *Positivos: obligación de someterse al arbitraje pactado.* 4.5.2. *Negativos: la excepción de incompetencia judicial.*

(*) Catedrático de la Universidad Complutense de Madrid.

(**) Profesora Titular de la Universidad Complutense de Madrid.

1. CONTENIDO Y PROBLEMAS DEL CONVENIO ARBITRAL

1.1. Características del acuerdo de arbitraje

1.1.1. Objeto

Se ha afirmado con razón que el acuerdo de arbitraje es un acto jurídicamente complejo que se configura inicialmente como un contrato, pero con la finalidad de producir efectos procesales; de aquí se sigue una naturaleza híbrida, integrada por elementos dispares de no menor dispar eficacia¹. La propia sustancia del arbitraje y el soporte de la exclusión judicial reposan en el convenio arbitral, en cuanto expresa la voluntad de las partes de sustraerse a la actuación del poder judicial. La expresión “acuerdo de arbitraje” es un apelativo relativamente reciente en tanto aparece citada, y luego difundida, en multitud de textos legales, a partir el artículo II CNY, con el intento evidente de unificar el tratamiento jurídico de la cláusula compromisoria y del compromiso arbitral² y esta regla ha sido recogida de modo expreso en el artículo 7.1 LMU

extendiéndose como una mancha de aceite en la legislación comparada³.

La CNY ha sido, en efecto, un instrumento clave para la admisión del convenio arbitral en la inmensa mayoría de los sistemas estatales al establecerse en su artículo II.1 que cada Estado parte de este instrumento: “(...) reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje”. El propósito de este acuerdo es someter la solución de una determinada controversia a la decisión de árbitros, sustrayendo la misma del ámbito de jurisdicción de los tribunales ordinarios y la CNY facilita con carácter imperativo el cumplimiento de este propósito, al añadir el párrafo 3 del referido artículo II que “el tribunal (...) al que se someta un litigio respecto del cual las partes hayan concluido un acuerdo [de arbitraje], remitirá a las partes a arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o

1 Cf. ARTUCH IRIBERRI, E. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Eurolex, 1997, pp. 28 y 44-46. Vid. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino”. *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 697-725. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. *Tratado de Arbitraje en América Latina*. Madrid, 2009, pp. 420 y ss.

2 La práctica que ha suscitado la aplicación de este precepto se incluye en el estudio de AGUILAR ÁLVAREZ, G. . “Artículo II (2) de la Convención de Nueva York y las Cortes”. *Revista Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado*, N° 15, 2004, pp. 63-80.

3 V.gr., en la sección 7ª de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996 se reconoce de modo expreso el carácter separable del acuerdo arbitral. Ello significa que la cláusula compromisoria que forma parte de un contrato se considerará como un acuerdo “independiente” de las estipulaciones del contrato. Consecuentemente, la nulidad, inexistencia o cualquier otra circunstancia extintiva que se opere sobre el contrato principal no necesariamente afectará la validez de la cláusula compromisoria.

inaplicable”. Así pues, basta con verificar que las partes pactaron someterse a arbitraje para que el juez deba remitirlas a tal procedimiento, sea en el Estado del foro o en el extranjero.

La eficacia de los convenios arbitrales, no sólo internacionales, que se vayan a desarrollar en un país se rige por el artículo II CNY. La Convención tiene un ámbito material de aplicación delimitado de acuerdo a un criterio territorial, el origen del laudo, al que añade una cláusula de cierre, en el artículo I, *in fine*: “Se aplicará también a las sentencias arbitrales que no sean consideradas como sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución”. Como quiera que, por razones de urgencia, la Convención no utilizó una delimitación similar para los acuerdos arbitrales cuya eficacia se trate de valorar a la luz del artículo II, es imprescindible el uso analógico del precepto. Dígase lo que se quiera, si un Estado reconoce que existen acuerdos arbitrales que no son extranjeros en virtud del criterio territorial, pero tampoco nacionales, nos encontraremos ante el supuesto del convenio arbitral internacional regido por el artículo II CNY. Es la interpretación que siguen muchos de los Estados que han ratificado la Convención, tanto en las leyes de adaptación como en la práctica judicial.

En una dirección similar, el artículo 7.1 LMU define el acuerdo de arbitraje como: “un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas

las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”. Y, a continuación añade que “El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”. Como puede observarse el precepto habla de controversias que surjan al respecto de relaciones contractuales o no contractuales, con lo cual se deja la puerta abierta a una interpretación larga del arbitraje privado internacional y no únicamente comercial.

Esta definición está generalizada en los sistemas de arbitraje. En España

El objeto del convenio de arbitraje está referido a “una determinada relación jurídica, contractual o no contractual” que haya surgido o que pueda surgir entre las partes (reiterado en el artículo 5.1 LMU). De esta definición pueden extraerse dos bloques de consecuencias.

i) Que la controversia debe poseer un contenido jurídico y ello diferencia la institución que estamos estudiando con el denominado “peritaje dirimente”, cuyo objeto es una mera cuestión de hecho; debe estarse, pues, a un conflicto de intereses cuya resolución pretende una concreta tutela jurídica⁴ y que verse sobre una materia arbitrable, en general, sobre una cuestión sobre la que las partes tengan el poder de libre disposición; por eso,

⁴ *Vid.*, por todos, L. DIEZ-PICAZO. “El pacto compromisorio y la nueva Ley de arbitraje”, *ADC*, 1954, pp. 1155-1173, esp., p. 1164.

la cuestión litigiosa puede tener origen contractual o no contractual: por ejemplo, el hecho de que una reclamación respecto de la cual, una parte pida la apertura de un arbitraje que se funde en un supuesto de responsabilidad extracontractual, no excluye la aplicación de las normas que estamos examinando.

ii) Que no es necesario que la controversia esté expresamente concretada, lo que no es óbice para que en el futuro pueda individualizarse de manera más detallada; basta, pues, que las partes fijen la relación jurídica, siendo superflua cualquier precisión en torno a las controversias concernidas: ello se reserva para las alegaciones que se formulen en la demanda o en la contestación a la demanda; sin embargo es frecuente observar que el acuerdo arbitral se pronuncie sobre una serie de extremos: si el arbitraje debe ser en equidad o en Derecho, si debe ser *ad hoc* o institucional y, en este último caso, cuál es el centro arbitral elegido, cuántos árbitros van a resolver la controversia, cuál será la sede para la realización de las actuaciones arbitrales, qué Derecho deberá aplicar el tribunal arbitral, etc. La definición contenida en el artículo 5.1 LMU se refiere a un conjunto de requisitos mínimos para la validez del convenio arbitral. Pero éste último no se limita, en muchos casos, a ser un compromiso entre las partes, por el cual, deciden someterse al arbitraje, sino que puede contener infinidad de cláusulas, plazos y condiciones, así como: las propias reglas del proceso arbitral, la clase de

arbitraje, si es nacional o internacional, de equidad o de Derecho, número de árbitros, formas de designación, renuncia expresa a la apelación o anulación, garantías y requisitos obligatorios para solicitar la anulación del laudo, facultades especiales para los árbitros, plazos específicos para laudo, o renuncia expresa a ciertos actos procesales.

Las leyes de arbitraje no establecen obligaciones respecto del convenio arbitral pero como requisitos mínimos deben individualizarse las partes en litigio, su voluntad indubitable de recurrir al arbitraje y las concretas facultades que se confieren al árbitro o al tribunal arbitral; no imponen conscientemente la inclusión de más requisitos, pues la negativa de una de las partes a la inserción de uno de ellos en el convenio podría determinar la invalidez del mismo⁵. La competencia de los árbitros está limitada exclusivamente al asunto o asuntos expresamente sometidos a su conocimiento; es cierto que las partes pueden ampliar con posterioridad la competencia de los árbitros, pero para ello es necesario un acuerdo expreso; en ningún caso podrán extender su decisión a materias ajenas al compromiso, a pretexto de haber mediado consentimiento tácito de alguna de las partes.

Las especiales características del convenio arbitral permiten a cierto sector doctrinal afirmar una doble naturaleza material y procesal en este instrumento cuyo objeto, de contenido procesal, no suele suscitar especiales controversias; no

⁵ MATHEUS LÓPEZ, C.A. "The Arbitration Agreement in Peruvian Law". *Int'l Arb. L. Rev.* Vol. 7, Nº 6, 2004, pp. 200 y ss.; *id.*, "Introducción propedeútica al tratamiento del convenio arbitral en Derecho peruano". *Revista Latinoamericana de Medición y Arbitraje*. Vol. IV. Nº 1, 2004, pp. 35-49.

obstante, al ser fruto de la voluntad de las partes, que se vinculan recíprocamente, su existencia y validez intrínseca plantea problemas similares a los de cualquier acuerdo o cláusula contractual (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.) y le son aplicables las reglas generales sobre las obligaciones contractuales.

De lo dicho se desprende que el origen del convenio es la autonomía de la voluntad, entendida como “aquél poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades”⁶ pero su objeto es procesal: las partes pretenden excluir la competencia de los tribunales judiciales e investir a uno o más árbitros con la autoridad para decidir y ello únicamente puede realizarse con el concurso de normas de carácter adjetivo. Esta doble naturaleza explica la diversidad de normas que concurren en su regulación: materiales y procesales. Las primeras determinan, esencialmente, las condiciones de eficacia del acuerdo y se incluyen íntegramente en el Derecho de los contratos; las segundas puntualizan los efectos procesales del acuerdo, esto es, su alcance derogatorio de la competencia de los tribunales judiciales y de atribución de competencia a los árbitros. Pero esta distinción debe ser objeto de una mayor matización, pues existe un estricto distanciamiento entre efectos positivos, materiales y procesales, y efectos negativos, que solo poseen alcance procesal, pues procede tanto de su ámbito de aplicación, objetivo y subjetivo, como de sus normas reguladoras. Mientras

los positivos pertenecen al estricto ámbito contractual, los negativos, esto es, la exclusión de la competencia judicial estatal para conocer de un determinado asunto caen, más tarde o más temprano, en la órbita procesal del Estado cuyos Tribunales de justicia pierden competencia. Y acaso sea ésta, a efectos prácticos, la situación que más trabas denota para el desarrollo de un procedimiento arbitral ágil y efectivo, señaladamente cuando una de las partes decide poner en práctica todas las prácticas dilatorias imaginables.

1.1.2. Cláusula compromisoria y compromiso arbitral: persistencia de una distinción perturbadora

Siguiendo una tónica reiterada en el Derecho comparado, en varias legislaciones latinoamericanas se reconocía la tradicional distinción entre cláusula compromisoria y compromiso. En tanto la primera contenía un acuerdo de las partes de someter cualquier controversia futura a solución mediante el uso del arbitraje y requería de un acuerdo posterior de ambas partes una vez que dicha disputa se originase, con lo cual, no era ejecutable automáticamente; la segunda, en cambio, se refería precisamente al acuerdo posterior de las partes de someter una o más disputas ciertas y actuales a arbitraje. La cláusula compromisoria comporta un acuerdo individualizado inserto en un contrato, que debe realizarse con mucha cautela⁷, en virtud de la cual las partes deciden, en principio de forma abstracta,

⁶ DE CASTRO, F. *El negocio jurídico*. Madrid. 1967, p. 12.

⁷ ONYEMA, E. “Drafting an Effective Arbitration Agreement in International Commercial Contracts”. *Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration*. Vol. 7, Nº 2, 2002.

someter a arbitraje todas o algunas de las diferencias que pudieran surgir de esa relación jurídica⁸. A la inversa, el compromiso arbitral es autónomo y en el mismo quedan determinados los sujetos, el objeto y la causa. Ciertos Códigos Procesales condicionan la autosuficiencia de la cláusula compromisoria, exigiéndose además un acuerdo complementario, el compromiso arbitral para poner en marcha el proceso correspondiente. Si esto es así, la ausencia de cumplimentación de esta exigencia podría dar lugar a un contencioso judicial que debería ser resuelto a partir de lo dispuesto en propia cláusula compromisoria si esta realiza una referencia precisa a un determinado arbitraje *ad hoc* o a una institución arbitral.

La distinción admite también otras expresiones, como la de “acuerdo preliminar” y “acuerdo definitivo”; el primero, anterior al segundo, se limita a prever la existencia de litigios futuros, determinando de manera genérica el objeto del arbitraje y no se agota en un único juicio, subsistiendo en tanto se mantenga la posibilidad de que aparezcan litigios futuros; y se establece cuando las partes aún no conocen contenido exacto del litigio⁹. El acuerdo definitivo ya considera al conflicto concreto y se extingue cuando la específica controversia quede solucionada. Ciertas legislaciones aún mantienen la exigencia

del compromiso arbitral y cuando el conflicto efectivamente se produce, es preciso celebrar un nuevo acuerdo de voluntades que complemente la cláusula compromisoria y la haga operativa.

Ante esta situación la gran mayoría de los sistemas siguiendo la LMU, han llegado a una acertada solución simplificando la forma y contenido del convenio arbitral y reconociendo expresamente el principio de separabilidad de la cláusula arbitral respecto del acuerdo o contrato del cual forma parte. La consecuencia no ha sido otra que la admisión de que tanto el compromiso como la cláusula compromisoria poseen unos mismos efectos para la puesta en marcha del arbitraje¹⁰, con el consiguiente desplazamiento del sistema dual, sin perjuicio de que alguna de las partes alegue la inexistencia o nulidad del convenio arbitral o la incompetencia del árbitro ante dicha sede judicial. Con estos datos el juez al que se le someta un litigio sobre el que gravite un convenio de arbitraje tiene el deber de remitir a las partes al procedimiento arbitral siempre que una de ellas lo solicite a menos que compruebe fehacientemente que el referido acuerdo es nulo, ineficaz o de imposible ejecución. Y, con carácter complementario, aunque se le plantee una acción de nulidad contra el acuerdo, el juez no podrá impedir el normal desarrollo del procedimiento

⁸ En relación con el sistema italiano inserto en el artículo 808 *c.p.c.* *vid.* G. RUFFINI. “La nozione di clausola compromissoria”. *Riv. arb.* Vol. XIV, 2004, pp. 417-430.

⁹ Resultando imprudente “amedrentar a las partes con la determinación minuciosa de los requisitos y circunstancias del arbitraje meramente probable en esos momentos” (Cf. H. Briseño Sierra, “Consideraciones sobre el arbitraje”, *Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México*. Vol. 15, 1962, pp. 19-57).

¹⁰ Cf. J.D. GONZÁLEZ CAMPOS. “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”, *Anuario de Derecho Internacional (Universidadde Navarra)*. Vol. II, 1975, p. 13.

arbitral; aunque siga conservando el ejercicio de cierta competencia residual que puede ejercitar negándose, por ejemplo, a conceder una suspensión si llega a la conclusión de que una de las partes nombradas en el procedimiento no es parte en el acuerdo de arbitraje, la controversia de que se trata entra en los términos del acuerdo de arbitraje o si la aplicación es extemporánea¹¹.

Aun cuando en la actualidad no concurre justificación alguna para mantener la diferencia, básicamente porque su supresión elimina de raíz frecuentes discusiones en torno a la interpretación y validez de la convención arbitral, son todavía numerosos los sistemas que mantienen la tradicional distinción entre cláusula compromisoria y compromiso arbitral que trasciende de un marco de aplicación de contenido cronológico, pues la cláusula compromisoria suele ser regulada con menos exigencias que el compromiso de arbitraje.

1.2. Separabilidad de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal

1.2.1. Principio de separabilidad

Resulta habitual que los contratos sean el fruto de una negociación ardua y sostenida en el tiempo, con intervención directa de los representantes de quienes contratan y redactan su texto con el debido asesoramiento técnico, de modo

que la negociación es libre y el convenio arbitral es pactado en plano de igualdad entre las partes. El carácter autónomo del convenio arbitral está por lo general establecido en la generalidad de los sistemas jurídicos a partir de lo dispuesto en la LMU en el sentido de que “la cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las estipulaciones del contrato” (artículo 16.1); de esta suerte la validez del acuerdo de arbitraje no podrá ser impugnada sobre la base de que el contrato principal no es válido o de que el acuerdo de arbitraje se refiere a una controversia que aún no ha surgido.

Aún subsisten diferencias significativas pues, pese a la adhesión generalizada a este postulado, es frecuente observar discrepancias en torno a su alcance y a su aplicación. Es más, el convenio arbitral no precisa aparecer en el mismo contrato al que puede verse aplicado, al menos en todos aquellos casos en que pueda inferirse que existió una voluntad común y relacionada de pactar diversos negocios jurídicos. Nada ilustra con mayor claridad que el Laudo CCI N° 7626 de 1995 donde los árbitros se suscitaron, precisamente, el enjuiciamiento de varios pactos suscritos entre las partes con muy diferente finalidad, llegando a la conclusión de que debían enjuiciarlos individualmente en el afán de determinar la intención de las partes al acordar cada uno de ellos en relación con los demás para determinar sus vínculos y sus consecuencias. Es habitual que

¹¹ *British Columbia Court of Appeal*, de 10 de marzo de 1992 (*Gulf Canada Resources Ltd. / Arochem International Ltd.*). http://www.uncitral.org/uncitral/es/case_law/abstracts.html, caso N° 16.

los árbitros procedan a una evaluación conjunta de las relaciones comerciales generadas entre las partes cuando éstas se encuentran vinculadas por medio de contratos relacionados entre sí, para comprobar, en cada supuesto concreto, si el convenio arbitral ha circulado por la posible cadena contractual¹².

Si tal vinculación tiene probabilidad de existir, el convenio arbitral debe considerarse aplicable, precisamente, a la determinación de la intensidad con que aparece el vínculo, a los fines de poder establecer las consecuencias exactas de su eventual nulidad; al fin y al cabo es una función que incumbe al tribunal arbitral, sin que ello, suponga la extensión de la competencia atribuida por las partes, pues está obligado a solucionar esta duda razonable, vistas las alegaciones efectuadas y practicada la prueba, por afectar sustancialmente a la cuestión de fondo suscitada. Dicho en otros términos, la necesidad de dar solución de fondo, de acuerdo con la previsión de las partes en el convenio arbitral, requiere que su respuesta definitiva a la relación entre los distintos negocios jurídicos establecidos entre ellas.

La práctica arbitral pone de relieve con mucha frecuencia que el demandado en diligencias arbitrales afirme que el contrato que contiene la cláusula arbitral es nulo y, a partir de esta nulidad, sería también nula la cláusula compromisoria. La aceptación de este razonamiento implicaría, ni más

ni menos, la evasión por la parte renuente de su obligación de acudir al arbitraje y la necesidad de que el demandante instase a los tribunales ordinarios para confirmar la validez del contrato, involucrándolos en la determinación del fondo de una controversia arbitral¹³. Esto es, un pleito judicial previo al inicio de un pleito arbitral.

La nulidad del llamado contrato principal y la validez del convenio arbitral no plantea problema alguno cuando su objeto verse sobre relaciones jurídicas que no sean nulas, pero cuando su único objeto es la relación jurídica nula, según una posición muy extendida, la controversia a decidir por el árbitro no puede surgir de la nada, de la inexistencia de lo que carece de efectos jurídico. Este planteamiento está siendo superado por aquellas posiciones que entienden que los razonamientos puramente formales son a veces engañosos y así se puede afirmar que un contrato nulo sí tiene efectos jurídicos, no sólo los de generar un pleito judicial, o un arbitraje, sino la restitución de las prestaciones, o los daños y perjuicios correspondientes por culpa *in contrahendo*, es decir, la culpa por la violación de la obligación de diligencia que las partes deben observar no sólo en el cumplimiento del contrato sino también en el transcurso de las relaciones anteriores al mismo.

Nos hallamos en esta materia ante la acción del denominado “principio de separabilidad” que implica que el convenio

¹² Laudo N° 60/1980 de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio e Industria de Sofía, *Yearbook Comm. Arb'n*, Vol. XII, 1987, pp. 84.

¹³ JALILI, M. “Kompetenz-Kompetenz. Recent US and UK Developments”, *J. Int'l Arb.* Vol. 13, N° 4, 1996, pp. 169 y ss.

arbitral es un acuerdo escindible de la relación principal a la que se refiere o del contrato en el que eventualmente se integra como una de sus cláusulas. Esta separabilidad lleva aparejadas importantes consecuencias¹⁴. Según parece, si el contrato principal viola el orden público por ser un contrato ilícito, ello es causa de la nulidad del contrato pero no de la del convenio de arbitraje inserto en el mismo; únicamente si el propio convenio es contrario al orden público, éste sería nulo. Dicha separabilidad posibilita la inclusión de ambos elementos en un régimen jurídico distinto, incluso en cuanto a la ley nacional en su caso aplicable, respecto al régimen aplicable al resto del contrato; esto explica que podamos encontrarnos ante una cláusula arbitral válida incluida en un contrato que es nulo o que ha caducado. Por ejemplo en Francia la Sentencia de la *Cour de Cassation* de 6 de diciembre de 1988¹⁵ declaró la eficacia de un convenio arbitral pactado en un contrato que no había entrado en vigor entendiendo que la controversia que oponía a las partes se relacionaba, precisamente, con su conclusión. La justificación del postulado que estamos examinando es la radical diferencia de finalidad entre el pacto sustantivo (contrato) respecto del arbitral y su objetivo es, precisamente, garantizar que el convenio tendrá plena operatividad en los supuestos de crisis contractual, que es para lo que se pacta. Como es lógico, la nulidad del contrato no significa *per se* la

del convenio, ni tampoco su existencia, ni la caducidad; para que tales circunstancias puedan predicarse conjuntamente de ambos pactos deben ser contrastadas por separado y ser de naturaleza tal que impidan, por su propia concurrencia, la propia eficacia del convenio arbitral.

Los contenciosos derivados de los acuerdos para-sociales son especialmente proclives a estas cuestiones. Resulta evidente que la autonomía jurídica sustancial del convenio arbitral entraña que aunque se determine, por ejemplo, la caducidad de un pacto de sindicación, el convenio persiste, precisamente, para llegar a determinar el grado de exigibilidad y cumplimiento y, en su caso, fijar sus consecuencias para las partes en litigio. Las causas que pudieran afectar a la pervivencia del pacto de sindicación no son susceptibles de afectar al convenio arbitral, pues la valoración de si la referida caducidad por abandono mutuo y consciente ha concurrido es esencialmente la razón de ser de la previsión de arbitraje; no es dable pretender que la causa que motiva el arbitraje, esto es, cualquier irregularidad en la ejecución o interpretación del pacto, suponga la desaparición del convenio¹⁶. Tal razonamiento conduciría inexorablemente a la ineficacia de un sinnúmero de arbitrajes.

Concurren divergencias sustanciales en cuanto al alcance de la auto-

¹⁴ SERAGLINI, Ch. En: *Droit du commerce international* (J. BÉGUIN y M. MENJUNCO, dirs.) París, 2005, pp. 878-881; J. KLEINHEISTERAMP. *International Commercial Arbitration in Latin America*, Oceana, 2005, pp. 130-133.

¹⁵ *Rev. arb.*, 1989, p. 641.

¹⁶ Laudo CCI Nº 6519/1991. *Journ. dr. int.*, 1991, pp. 1065 ss; y arbitraje *ad hoc* *Elf Aquitaine Iran / National Iranian Oil Co* (1982). *Yearbook Comm. Arb'n*, 1986, pp. 97 y ss. y 102 y ss.

nomía del convenio arbitral y algunos autores prefieren utilizar el término de “separabilidad” por considerar que si la suerte de la cláusula compromisoria puede disociarse de la correspondiente del contrato cuando poderosas razones así lo aconsejen, no se produce en todos los casos; por ejemplo en la cesión de contratos o en la cesión de créditos se extiende por lo general a la cláusula compromisoria que incluyen, pero la nulidad que puede afectar al contrato no deja indemne en todos los casos a la cláusula compromisoria; debe atenderse a las causas concretas que dan lugar a la nulidad y esta operación ni es automática ni sencilla. Y a esto hay que oponer que la utilización del término “autonomía” podría hacer pensar que la cláusula compromisoria es siempre válida cualquiera que sea la causa de la nulidad que afecte al contrato en el que está inserto. No se trata de negar las bondades de la separabilidad, pero de ahí a establecer el carácter inmutable de la autonomía hay un largo trecho¹⁷.

La autonomía propugnada no significa desconexión respecto de contrato principal, sin embargo, como consecuencia de lo anterior, el tribunal arbitral está facultado para decidir sobre la invalidez o nulidad del contrato principal dentro de su propia competencia. La separabilidad, favorece en verdad, el cauce arbitral al asegurar que este procedimiento sea siempre el modo de solución cualquiera

que sean las vicisitudes del contrato en el que está inserto¹⁸; por tanto, la decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará *ipso iure* la nulidad de la cláusula compromisoria.

Teniendo muy en cuenta las anteriores reservas, que se vinculan a la admisión del *depeçage* en la contratación internacional, no hay inconveniente en admitir que, *prima facie*, las controversias nacidas de un contrato extinguido, pero que tengan su origen en él, puedan ser sometidas al juicio de árbitros previsto en la cláusula compromisoria que contenía¹⁹. No obstante la discusión principal se centra en el siguiente interrogante: ¿una cláusula compromisoria debe quedar comprendida en la eventual nulidad del contrato que la contiene? Una respuesta simplista se inclina hacia una respuesta afirmativa en el sentido de que lo accesorio sigue la misma suerte que lo principal y así lo ha entendido una jurisprudencia muy copiosa que hoy día ha cambiado de orientación debido a las necesidades del comercio y, más precisamente, del comercio internacional. Precedentes de tal actitud no faltan, sobre todo cuando entra en juego el orden público; tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo de los EE.UU de 21 de febrero de 2006 (*Buckeye Check Casting, Inc. / Jhon Cardegna e Donna Reuter*), que abrió una peligrosa puerta al afirmar una separabilidad que había ido afirmada en la jurisprudencia anterior²⁰.

¹⁷ MAYER, P. “Les limites de la séparabilité de la clause compromissoire”. *Rev. arb.*, 1998, pp. 359-268.

¹⁸ VIRGÓS SORIANO, M. “El convenio arbitral en el arbitraje internacional”. *Actualidad Jurídica Uría-Menéndez*, Nº 14, 2006, pp. 13-28.

¹⁹ GARCÍA RUBIO, M^a P. “El convenio arbitral en la Ley de arbitraje de 5 de diciembre de 1988”. *RCEA*. Vol. V, 1988-89, p. 76.

²⁰ *Vid.* la nota de A. ATTERITANO. “La tutela della volontà compromissoria delle parti e il rispetto dell'ordine pubblico: in tema di autonomia della clausola arbitrale e illegalità del contratto principale”. *Riv. arb.* Vol. XVI, 2006, pp. 522-529.

Contra esta actitud, aclara la situación actual que cada vez son más los que sostienen con mayor determinación la autonomía de la cláusula compromisoria respecto del contrato principal aunque existen determinadas inflexiones. Como pusiera de relieve el Laudo CCI N° 1.526, es una regla admitida generalmente en el arbitraje comercial internacional la establecida por la *Cour de Cassation* francesa según la cual la cláusula compromisoria inserta en un contrato o establecida en un acuerdo por separado “tiene siempre, salvo circunstancias excepcionales, una completa autonomía jurídica”, descartándose que pueda verse afectada por una posible invalidez de dicho contrato²¹. La jurisprudencia de referencia arranca, en materia internacional de una Sentencia de 7 de mayo de 1963 (*Gosset*)²². El problema planteado era si un árbitro designado en virtud de una cláusula compromisoria podía conocer del litigio a pesar de la eventual nulidad del contrato principal o si, a la inversa, el tema concernía de manera exclusiva a la jurisdicción estatal. La *Cour de cassation* optó por la primera hipótesis reafirmando el principio la autonomía de la cláusula compromisoria pese a la ineficacia del acto jurídico donde estaba inserta y, como es comprensible, entendió que la eventual nulidad del contrato principal no arrastraba a la cláusula compromisoria. Con ello se evita, debemos insistir en este extremo, que uno de los litigantes por

medio de maniobras inequívocamente dilatorias alegue con éxito la nulidad de la cláusula a partir de una acción de nulidad del contrato que la incluye.

La distinción apuntada posee una extraordinaria importancia en la determinación de las competencias de los árbitros para resolver una determinada controversia: si tal distinción no estuviera claramente establecida la impugnación del contrato entrañaría inexorablemente la impugnación del acuerdo arbitral, en tanto los Tribunales estatales entiendan de la primera de ellas impidiendo la acción de los árbitros. Ello podría favorecer a un litigante de mala fe pues, para impedir la puesta en marcha de la cláusula compromisoria podría, esgrimir ante la jurisdicción estatal un vicio en el contrato principal²³. Si esto es así el postulado de la separabilidad o autonomía del acuerdo arbitral se traduce en la independencia e inmunidad de que goza la cláusula con relación al contrato que la contiene o del que depende. De aquí se sigue que la invalidez del contrato no arrastra necesariamente al acuerdo arbitral, lo que denota la virtualidad del acuerdo de supervivir al contrato. Como pusiera de relieve el árbitro único P. LALIVE: “resulta superfluo subrayar la naturaleza independiente de la cláusula arbitral y el hecho que la naturaleza de la convención arbitral no cambia por el hecho de que esté sea insertado en un contrato que tenga un objeto diverso (...), en vez de en un compromiso separado”²⁴.

²¹ *Journ. dr. int.*, 1974, p. 915.

²² *Cour de Cassation 1^{ère} civ. Rev. arb.*, 1963, p. 60 y nota de Ph. Francescakis; *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1963, p. 615 y nota de H. Motulsky; *Journ. dr. int.*, 1964, p. 83 y nota de J.-D. Bredin.

²³ GRIGERA NAÓN, H. “La autonomía del acuerdo arbitral”. *La Ley* (Buenos Aires), 1989-D, 1109.

²⁴ Laudo preliminar CCI N° 1512, de 17 de diciembre de 1967 (*Dalmia Dairy Industries Ltd. / National Bank of Pakinstan*”).

Existe una necesidad práctica perentoria: desvincular el convenio arbitral del contrato al que se refiere y, a menudo, en el que se inserta. El principio de autonomía del convenio arbitral resulta esencial para poder hacer efectiva la cláusula en todos los casos en que el contrato resulte nulo o ineficaz y, precisamente, para determinar el alcance y consecuencias de esa nulidad o ineficacia. No es una novedad que los actos nulos en el comercio internacional pueden producir determinados efectos que deben ser regulados necesariamente²⁵. Cuando el contrato contiene un convenio arbitral, el método de resolver esa concreta controversia es el arbitraje, al que no le afecta la causa de nulidad necesariamente. Este principio es hoy generalmente admitido en las legislaciones nacionales y en los convenios internacionales, aunque de manera quizá menos explícita²⁶.

La pregunta primaria se vincula al presente a los denominados contratos de tráfico de influencias llamados también

contratos de corrupción donde, por ejemplo, un contratante extranjero celebra un contrato de asesoría o de representación con un nacional del país donde se efectuará su operación comercial, aunque el auténtico compromiso de este “asesor-representante” consiste en facilitarle el contacto con las autoridades internas y entregarles una cantidad de dinero a modo de cohecho²⁷. A ello se refiere el supuesto abordado por el Laudo CCI N° 1110 donde una empresa extranjera se negaba a remunerar a su ‘representante’ argentino, alegando el objeto ilícito del contrato y el árbitro, al descubrir que se trataba de un cohecho, se declaró incompetente en virtud de “los principios generales según los cuales los árbitros no pueden conocer de litigios de aquella naturaleza”. Sostuvo que “los contratos que vulneran de manera fundamental las buenas costumbres o el orden público internacional son nulos o al menos, su incumplimiento no es susceptible de ser recurrido ni ante jurisdicciones nacionales ni ante tribunales arbitrales”²⁸.

²⁵ Como determinó el árbitro B. GOLDMAND en el laudo *ad hoc* de 14 de enero de 1982, *Elf Aquitaine / National Iranian Oil Co.*, *Yearbook Comm. Arb'n*. Vol. XI, 1986, pp. 97-105, procede al arbitraje aunque el contrato fuera nulo y sin efectos. Precisamente lo necesario en ese momento era determinar las responsabilidades y consecuencias de la referida nulidad.

²⁶ Artículo 16.1° LMU; artículo 178.3 LDIP suiza; artículo 22.1 LA/2003; en otros casos, la formulación del principio ha tenido una fuente esencialmente jurisprudencial. En el caso francés la *Cour de Cassation* (1° Ch. Civ.) de 7 de mayo de 1963, *Carapelli / Gosset*, *Journ. dr. int.* 1964, p. 82 formuló claramente el principio. En los EE UU: Tribunal Supremo, *Prima Paint Corp. / Flood & Comkin Mfg.* 38 US, 1967, p. 395 y comentario de R. Coulson. “Prima Paint: an Arbitration Milestone”. *The Arbitration Journal*, 1967, pp. 237 y ss.; en Alemania, *Landgericht* de Hamburgo de 16 de marzo de 1977, *Yearbook Comm. Arb'n*, 1978, p. 274.

²⁷ CREMADES, B.Mª y CAIRNS, D. “Corruption, International Public Policy and Duties of Arbitrators”, *Disp. Res. J. Vol.* 58, 2003/2004, pp. 76-85.

²⁸ Vid. MAYER, P. “La règle morale dans l'arbitrage international”, *Études offertes à Pierre Bellet*, París, 1991, pp. 379 y ss.; FADLALLAH, I. “L'ordre public dans les sentences arbitrales”, *R. des C.*, t. 249, 1994-V, pp. 373 y ss.; Hanotiau, B. “L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, *Journ. dr. int.*, 1994, p. 958.

1.2.2. Repercusiones en el plano de la ley aplicable

Esta doctrina considera, de manera más gráfica, que esta cláusula no es otra cosa que un “contrato dentro de otro contrato”²⁹; dicho en otros términos, la cláusula de arbitraje es una condición suplementaria y diversa de las condiciones generales establecidas en un contrato. Puede hablarse así de dos contratos diferentes con diversos fundamentos y diversa finalidad que emanan de declaraciones de voluntad también divergentes. De suerte que la autonomía de la cláusula compromisoria implica que el acuerdo arbitral y el fondo de la controversia pueden regularse por leyes diferentes. Ello comporta, desde la perspectiva del Derecho aplicable, que la cláusula compromisoria posee una conexión independiente y autónoma para la determinación del ordenamiento jurídico que ha de regirla respecto del contrato que la sustenta, que puede quedar sometido a otro ordenamiento jurídico³⁰.

Pues bien, esta autonomía funcional llevó como consecuencia a la formulación del principio de autonomía conflictual, consistente en la determinación de la ley aplicable al convenio arbitral con independencia del contrato. Son reflejo de

ella las normas de conflicto clásicas en la materia, que intentan conectar el convenio arbitral a un ordenamiento nacional. Es el caso del artículo 6º CG o del artículo V.1 CNY. Pero aún así ambas normas de conflicto, que someten el convenio arbitral a la ley elegida por las partes y, en su defecto, a la ley de la sede del arbitraje, muy pronto empezaron a mostrar deficiencias, más que por su imperfección, por su general inaplicación³¹. Lo cierto es que la elección del Derecho aplicable al convenio no es en absoluto usual; pero además, la conexión con la sede del arbitraje tampoco es real. Puede que el procedimiento arbitral, por razones prácticas, entre en contacto con el Derecho de la sede del arbitraje, pero el convenio arbitral, que es previo e independiente, no guarda relación alguna con él. Pero estas razones, por sí solas, no justificaban los desarrollos posteriores y el abandono de la técnica conflictual. Para llegar a un pronunciamiento como el recaído en el asunto *Dalico*³² fue necesario algo más que una imperfecta técnica de localización.

El control de los aspectos sustanciales del convenio arbitral se incluyen en el artículo V.1 a) CNY, no existiendo obstáculo a partir de tal precepto para que el contrato principal y el referido

²⁹ Esta jurisprudencia está confirmada en Francia por dos importantes decisiones: *Cour de cassation, Civ., 2ªme*, Sentencia de 4 de abril de 2002 (S.A. *Barbot SM / Société Bouygues Bâtiments et autres*); *Cour de cassation, Com.*, Sentencia de 9 de abril de 2002 (*Toulousey / SNC Philam*).

³⁰ Cf. GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. “Sobre el convenio de arbitraje (...)”. *Loc. cit.*, p. 28. *Vid.* KLEIN, F.E. “Du caractère autonome de la clause compromissoire, netamment en matière d’arbitrage (dissociation de la nullité de cette clause et de celle du contrat principal)”. *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1961, pp. 449-552.

³¹ Básicamente, reconociendo un papel residual al método conflictual. *Vid.* J. Robert, *L’arbitrage, droit interne et droit international privé*, 6ª ed., París, Dalloz, 1993., pp. 267 y ss.

³² *Cour de cassation francesa*, 20 de diciembre de 1993, *loc. cit.*

convenio se sometían a leyes distintas y, en caso de nulidad del primero, sus efectos no se extienden al segundo. El argumento ha sido polémico en la doctrina pero la práctica arbitral ha dado una respuesta contundente a este tema. Resulta ilustrativa al respecto el Laudo CCI Nº 5485, de 18 de agosto de 1987. Ante una controversia que oponía a una empresa de las islas Bermudas y a una otra española, se entendió que la autonomía de la cláusula de arbitraje debía reconocerse en el arbitraje comercial internacional. Según dispone el Tribunal:

“La autonomía de la cláusula compromisoria ha sido reconocida desde antes como un principio general del arbitraje comercial internacional, desde el punto de vista del conflicto de leyes [la ley aplicable a la cláusula compromisoria puede ser diferente de la ley aplicable al contrato; vid., por ejemplo, artículo V.1. a) de la CNY, artículo VI.2. c) del Convenio de Ginebra de 1961, el laudo de la CCI en el caso Nº 4131 de 1982 o el laudo provisional de la CCI de 23 de septiembre de 1982 en el caso Dow Chemical / Isovert-Saint Gobain], así como desde el punto de vista material (la nulidad del contrato no implica necesariamente la nulidad de la cláusula de arbitraje; vid., por ejemplo, el artículo V.3 del Convenio de Ginebra de 1961 y el artículo 8.4 del Reglamento de arbitraje de la CCI [de 1975], así como los laudos arbitrales de la CCI en los casos núms. 1.526, de 1968, o 2.476 de 1976) [...]. Además, la autonomía de la cláusula compromisoria ha sido también reconocida en el

Derecho español: Gullón, Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual, Madrid, 1968, señala que si la cláusula está incluida en un contrato, ‘pese a su dependencia formal, la cláusula compromisoria es independiente per se’ (p. 411); GONZÁLEZ CAMPOS, ‘Sobre el convenio de arbitraje...’, loc. cit., en el Derecho internacional privado español’, Anuario de Derecho Internacional, 1975, II, p. 39, también sostiene esta posición, que es ampliamente aceptada hoy. Las partes no han afirmado nada en contra, y el TS *español incluso ha admitido el principio de la autonomía de la cláusula compromisoria en su Auto de 17 de junio de 1983 [...]. Ni la Convención de Nueva York, ratificada por España, ni el Tratado hispano-francés sobre reconocimiento y ejecución de decisiones arbitrales y judiciales y documentos auténticos en materia civil y mercantil, firmado en París el 28 de mayo de 1969 y también ratificado por España, permiten negar la validez de la cláusula compromisoria*”³³.

1.3. Alcance de la autonomía de la voluntad

1.3.1. Determinación de la voluntad inequívoca

Constituyendo el convenio arbitral la pieza maestra de la institución arbitral, éste se basa por entero en el principio de autonomía de la voluntad de las partes³⁴. Este principio, por lo común es aceptado

³³ Yearbook Comm. Arb'n. Vol. XIV, 1989, pp. 156-176; RCEA. Vol. V. 1988-89, pp. 367-372.

³⁴ Una autonomía que en la práctica arbitral no está exenta de limitaciones. Vid. C. Chatterjee, “The Reality of the Party Autonomy Rule in International Arbitration”. J. Int'l Arb. Vol. 20, Nº 6, 2003, pp. 539-560.

en todas las legislaciones estatales. La determinación del contenido de la voluntad de las partes ha de ser interpretado de manera restrictiva en el sentido de que no debe quedar duda alguna en torno a la intención de las partes de someterse al procedimiento arbitral; de aquí se sigue que la cláusula compromisoria no puede oponerse a otras en las que se deduzca una inequívoca intención contraria de las partes.

En caso de que el acuerdo arbitral haya sido firmado por un representante deben verificarse los poderes de éste para obligar a su representado³⁵. Si resulta clara la voluntad del demandado de no renunciar al arbitraje, es lícito que, tras formular la excepción de arbitraje, pueda oponerse, subsidiariamente, al fondo del asunto contestando a la demanda, sin que ello, suponga una renuncia tácita al arbitraje, constituyendo una medida de prudencia razonable para el supuesto de desestimación de la excepción, y acorde con el derecho a la defensa y a la contradicción de los que podría resultar privado el demandado que desease exigir el cumplimiento del convenio arbitral.

Si nos retrotraemos al momento concreto en que las partes suscriben la cláusula arbitral es fácil comprobar que la predisposición que les anima no es, antes al contrario, proclive al distanciamiento: no existe, *prima facie*, un ambiente de

confrontación; la introducción en el contrato de dicha cláusula, como las restantes, está caracterizada por un afán de que el contrato se cumpla sin necesidad de promover una controversia.

El arbitraje sólo puede ponerse en marcha cuando es inequívoca la voluntad de las partes de someterse a este procedimiento de arreglo de controversias. Tan pronto como las partes insertan una cláusula de arbitraje en un contrato existe una conjetura de que su intención ha sido la de establecer un mecanismo eficaz para solucionar los litigios previstos en la misma³⁶. Dicha elección no los priva en modo alguno de las garantías que les ofrece la organización de la justicia estatal, sino que dichas garantías son reemplazadas por otras; por eso la ausencia de cualquier clase de ambigüedad en la voluntad de las partes para someterse a arbitraje constituye una condición *sine qua nom* para que los árbitros se sientan dotados de competencia plena para resolver la controversia³⁷. En la indagación de esa voluntad inequívoca debe tenerse en cuenta que la interpretación de la cláusula de arbitraje por el árbitro debe ser muy estricta, lo que se reitera en numerosa práctica arbitral³⁸.

Ahora bien, cuando se produce el conflicto y es necesario recurrir al arbitraje, la puesta en marcha del convenio arbitral pactado muestra una extraordinaria

³⁵ DEVAUD, P. "La convention d'arbitrage signée par le représentant sans pouvoirs". *Bol. ASA*. Vol. 23. N° 1, 2005, pp. 2-21.

³⁶ Laudo CCI N° 2.321.

³⁷ DERAIS, Y. *Jurisprudencia arbitral de la Cámara de Comercio Internacional*. Madrid, 1985, p. 127.

³⁸ Laudo CCI N° 2.138.

complejidad pues el ambiente anteriormente descrito cambia radicalmente apareciendo intereses encontrados, opuestos, y probablemente medie hasta desconfianza entre las partes. No resulta infrecuente, que alguna de las partes se niegue a someterse al arbitraje, pese a constar así en un convenio arbitral, o que habiéndose sometido a él, posteriormente no esté dispuesta a ejecutar el laudo arbitral, en tanto no le beneficie. Las páginas siguientes darán cuenta de este cambio de actitud que suministra una extraordinaria conflictividad, esta vez trasladada al terreno de la jurisdicción estatal.

1.3.2. Existencia de cláusulas imprecisas o contradictorias

La determinación de la voluntad inequívoca de las partes puede complicarse cuando en el contrato se han insertado cláusulas al amparo de una legislación anterior, o en el mismo se han incorporado cláusulas contradictorias. El primer supuesto es muy habitualmente abarcado, como regla general, a todos los convenios de arbitraje celebrados previamente a una nueva legislación en la materia y la respuesta generalizada es el carácter irretroactivo de las nuevas disposiciones sobre dicho convenio arbitral.

1.4. Competencia de los árbitros sobre su propia competencia

1.4.1. Justificación de la potestad

El poder de los árbitros para definir su propia competencia es ampliamente

reconocido en todos los sistemas de arbitraje; no obstante, pese a la aceptación de este postulado como regla de base las leyes nacionales reflejan una cierta diversidad, sobre todo en lo que concierne al momento en que debe efectuarse el oportuno control del juez estatal sobre tal decisión arbitral, cuya justificación última es el propio desarrollo del proceso arbitral, libre de interferencias exteriores. Resulta imposible que el árbitro desempeñe la labor encomendada por las partes, si no dispone de una facultad para verificar la legalidad de su actuación en el concreto procedimiento que debe conocer. El denominado principio “competencia-competencia” se configura, junto al principio de la autonomía del convenio arbitral, como una de las instituciones fundamentales del Derecho arbitral³⁹, por lo que es menester estudiar ambos de manera conjunta. Más concretamente, si el efecto peculiar del convenio arbitral consiste en dotar de competencia a los árbitros para resolver la controversia negando el conocimiento del asunto a la jurisdicción ordinaria debe reconocerse a los árbitros la potestad para que, por sí mismos, o a solicitud de una de las partes, determinen a modo previo o, en ocasiones, en el momento de decidir el fondo del asunto, el título por el que intervienen en la controversia y el alcance de sus atribuciones.

En el contexto indicado el artículo 16.1 LMU adopta el principio denominado “competencia-competencia” según el cual, el tribunal arbitral puede decidir acerca

³⁹ GONZÁLEZ DE COSSIO, F. “El principio compétence-compétence revisitado”. *RCEA*, Vol. XXII, 2007, pp. 63-84.

de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje. No obstante, dicha competencia sobre el fundamento mismo del mandato de los árbitros y de sus atribuciones, está sometida a la supervisión judicial. En caso de que el tribunal arbitral, como cuestión previa, se declare competente se establece la supervisión judicial inmediata a fin de evitar innecesario derroche de dinero y tiempo (artículo 16.3 LMU); ahora bien, se añaden tres salvaguardias procesales para reducir el riesgo y los efectos de las tácticas dilatorias: un plazo breve para recurrir al tribunal judicial (30 días), la inapelabilidad de la resolución del tribunal judicial, la facultad discrecional del tribunal arbitral de proseguir las actuaciones y dictar un laudo mientras esté pendiente la cuestión ante el tribunal judicial. En los casos menos frecuentes en que el tribunal arbitral combina su decisión acerca de la competencia con un laudo sobre el fondo, podrá recurrirse a la revisión judicial de la cuestión de la competencia con ocasión de la acción de nulidad, prevista en el artículo 34, o en el procedimiento de ejecución, previsto en el artículo 36.

El principio de la competencia-competencia parte de la base de que no existe un recelo previo acerca de los árbitros y de que éstos están suficientemente capacitados para alcanzar una decisión a la vez equitativa y protectora de los intereses de la sociedad. Es un postulado muy próximo al de la arbitrabilidad de

la concreta controversia sujeto al control ulterior de las jurisdicciones estatales⁴⁰.

De igual manera, el reconocimiento del principio “competencia-competencia” es consustancial en las reglamentaciones de los Centros de arbitraje. El artículo 6.2 Regl. CCI dispone que:

“Si la demandada no contesta la demanda según lo previsto en el artículo 5º, o si alguna de las partes formula una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo de arbitraje, la Corte, si estuviere convencida prima facie de la posible existencia de un acuerdo de arbitraje de conformidad con el Reglamento, podrá decidir, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de dichas excepciones, que prosiga el arbitraje. En este caso corresponderá al tribunal arbitral tomar la decisión sobre su propia competencia (...)”.

Se trata pues de la expresión de un principio general del arbitraje internacional que los árbitros no dudan en aplicar. Es, en efecto, una condición *sine qua non* para la eficacia del arbitraje como modo de solución de los litigios. La posibilidad que el árbitro tiene que proveer sobre su propia competencia se considera como “una verdadera costumbre internacional de la práctica arbitral”⁴¹. Si fuese suficiente que una parte discutiera la validez o el alcance de una cláusula de arbitraje para inhibir a los árbitros en espera de que una jurisdicción estatal comprobase la existencia de su poder, pasarían años antes de que la jurisdicción arbitral pudiese

⁴⁰ Sobre esta cuestión, con referencia al sistema italiano de arbitraje introducido en 2005, *Vid.* F.P. LUISO. “Rapporti fra arbitro e giudice”. *Riv. arb.* Vol. XV, 2005, pp. 773-791.

⁴¹ *Cf.* Ph. FOUCHARD. *L'arbitrage commercial international*. París, 1965, p. 144.

pronunciarse sobre el fondo⁴². La Corte de Arbitraje de la CCI ha afirmado al respecto: “que no habiéndose discutido la presencia material de la cláusula que establece el arbitraje de la CCI, incumbe al árbitro en virtud de las disposiciones del artículo 13.3 del Reglamento de la CCI, proveer sobre su propia competencia”⁴³ y que “es norma admitida en materia de arbitraje comercial internacional, el que no habiendo una disposición en contrario en el procedimiento estatal, el árbitro provee sobre su propia competencia”⁴⁴.

La jurisprudencia arbitral apunta, sin embargo, hacia una interpretación restrictiva por parte de los árbitros para determinar su propia competencia. De acuerdo con la jurisprudencia arbitral de la CCI:

“(...) en caso de duda, los acuerdos relativos al arbitraje solo permiten una interpretación restrictiva, y deben atenderse, en primer lugar al texto. Ya que la intención de una parte de someterse a un juez distinto al juez estatal, es decir a un juez que en sí mismo es incompetente, debe manifestarse claramente (...). La aplicación de un convenio expreso relativo al arbitraje, tendría como efecto restringir los derechos garantizados a las partes para recurrir ante los Tribunales Estatales, y no resistiría la interpretación restrictiva de los convenios relativos al arbitraje, aún cuando los dos contratos se encontrasen reunidos en un mismo contexto”⁴⁵.

1.4.2. Momento procesal para efectuar el pronunciamiento y posibilidad de impugnación

El tribunal arbitral puede elegir resolver la interrogante que estamos examinando como cuestión de previo pronunciamiento o bien dejando su resolución para el laudo final. Según dispone el artículo 16.4º LMU el tribunal arbitral podrá acerca de las excepciones de incompetencia del tribunal arbitral y de exceso de su mandato como cuestión previa o en un laudo sobre el fondo. Si, como cuestión previa, el tribunal arbitral se declara competente, cualquiera de las partes, dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación de esa decisión, podrá solicitar del tribunal competente, conforme al artículo 6º, que resuelva la cuestión, y la resolución de este tribunal será inapelable; mientras esté pendiente dicha solicitud, el tribunal arbitral podrá proseguir sus actuaciones y dictar un laudo. Si el Tribunal decide resolver la cuestión de forma autónoma se inicia un trámite incidental que suele concluir con un laudo interlocutorio, en el que, si se decide la incompetencia la repercusión en el procedimiento principal es decisiva, planteando con frecuencia ciertos interrogantes respecto a la imposibilidad de continuar el arbitraje y el momento de ejercitar la eventual acción de anulación por la parte disconforme. En cambio, si decide que es competente el proceso principal continúa en la fase en que se

⁴² Cf. Y. DERAIS. *Jurisprudencia arbitral... Op. Cit.*; p. 51.

⁴³ Laudo CCI Nº 1507.

⁴⁴ Laudo CCI Nº 1526.

⁴⁵ Laudo CCI, Nº 4392.

inició el incidente procesal. Lo cierto es que cuando el tribunal adopte una decisión desestimatoria de su competencia, tanto en el trámite incidental como en el laudo final tal proceder podrá ser objeto de impugnación ante los tribunales de justicia por medio de la acción de anulación. Corresponde, pues, a los árbitros decidir la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo.

La decisión que adopten los árbitros en relación con su competencia para dirimir un determinado litigio no es susceptible, como regla general, de impugnación directa ante los tribunales de justicia, reservándose esta cuestión para el pertinente trámite de anulación del laudo en caso de que la respuesta sea positiva. La jurisprudencia constitucional peruana reitera la competencia de los árbitros, resaltando la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 28 de febrero de 2006 (FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY) la gran importancia práctica que reviste el postulado de la *kompetenz-kompetenz* previsto en el artículo 39° LA Pe. que faculta a los árbitros a decidir acerca de las materias de su competencia, y en el artículo 44° del referido cuerpo legal, que garantiza la competencia de los árbitros para conocer y resolver, en todo momento, las cuestiones controvertidas que se promuevan durante el proceso arbitral, incluida las pretensiones vinculadas a la validez y eficacia del convenio⁴⁶. De

acuerdo con esta decisión, el referido principio posee una gran importancia práctica:

“(…) a efectos de evitar que una de las partes, que no desea someterse al pacto de arbitraje, mediante un cuestionamiento de las decisiones arbitrales y/o la competencia de los árbitros sobre determinada controversia, pretenda convocar la participación de jueces ordinarios, mediante la interposición de cualquier acción de naturaleza civil y/o penal, y desplazar la disputa al terreno judicial”.

Y también ha precisado que no es verosímil recurrir en amparo la decisión del tribunal arbitral si previamente no se ha sustanciado la correspondiente acción de anulación ante la justicia ordinaria; concretamente la Resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional, de 9 de junio de 2006 (*Compañía de Exploraciones Algamarca, S.A. / Compañía Minera Algamarca, S.A. y otros*), precisó que:

“(…) para cuestionar la competencia de los árbitros, será preciso agotar los recursos previstos por la Ley General de Arbitraje. En consecuencia, la oposición al arbitraje no agotará el trámite de la vía previa puesto que el artículo 39° de la referida Ley prevé otro recurso para el mismo fin: la interposición del recurso de anulación de laudo arbitral.

Por tanto, será este último el recurso que ponga fin a la vía previa y quedará expedita la vía del proceso de amparo por infracción de la tutela procesal efectiva y por inobservancia del cumplimiento de la jurisprudencia constitucional o los precedentes de

⁴⁶ SANTISTEVAN DE NORIEGA, J. “Arbitraje y jurisdicción desde la perspectiva del Tribunal Constitucional del Perú”. *Revista Peruana de Arbitraje*. Vol. 2, 2006, pp. 15-66, esp. pp. 42-44.

observancia obligatoria (...), en atención a lo previsto por los arts. VI, in fine, y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional”.

2. PROBLEMAS PARTICULARES DE LA CLÁUSULA ARBITRAL

2.1. Cláusulas patológicas

2.1.1. Supuestos generadores de la patología

Para que el convenio arbitral despliegue sus efectos es preciso que no sea “nulo, ineficaz o inaplicable” (artículo II.3 CNY), o “nulo, ineficaz o de ejecución imposible” (artículo 8.1 LMU) y ello será posible, con las matizaciones que se realizarán más adelante, cuando dicho convenio conste por escrito, ya sea en un solo documento o en el canje de correspondencia entre las partes, esté firmado por las partes, o de alguna otra forma que se reconozca que las partes asintieron al escrito, verse sobre un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje, sea acordado por persona capaz con facultades suficientes para someter la disputa a arbitraje y, por último, no sea contrario a las disposiciones de orden público. Cuando el arbitraje sea internacional la determinación de que ley rige sobre estas cuestiones ofrece ciertas dificultades de

precisión. No obstante podemos adelantar, a partir de una lectura del artículo V CNY, que la capacidad de las partes se rige por su ley personal⁴⁷, la arbitrabilidad de la controversia y la noción de orden público de acuerdo a la ley del foro y la validez del acuerdo arbitral conforme a la ley elegida por las partes⁴⁸.

Mas el estudio de una cláusula de arbitraje no termina en la valoración de su validez o invalidez, confrontada con las normas que sean aplicables, sino en un balance eminentemente práctico de su eficacia real, tanto positiva como negativa⁴⁹. Una cláusula arbitral no tiene por qué ser larga y detallada para ser eficaz y en su redacción debería primar la sencillez y la precisión en la selección de los elementos que se incluirán en el texto: alcance de la misma, determinación de si el arbitraje es *ad hoc* o institucional, número de árbitros, lugar e idioma del arbitraje, etc. La práctica pone de manifiesto que cuando más específica y detallada sea una cláusula, mayor es el riesgo de que sea sometida a impugnaciones; y, con carácter complementario, una cláusula oscura o ambigua puede impedir en normal desarrollo del procedimiento arbitral⁵⁰.

La cláusula arbitral puede presentar problemas, generalmente de índole fáctico, que impidan una claridad total e inicial, sobre la voluntad de las partes en someterse

⁴⁷ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Arts. 60º”, *Comentarios a la Ley de Arbitraje*, (R. Bercovitz Rodríguez-Cano, coord.), Madrid, 1991, pp. 881-893.

⁴⁸ ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. “Arbitraje y Derecho aplicable (Anotaciones al Título X de la Ley 36/1988, de Arbitraje)”, *RCEA*. Vol. V, 1988-1989, pp. 171-189.

⁴⁹ Sobre esta cuestión resulta de referencia obligada el estudio de E. ARTUCH IRIBERRI. “El convenio arbitral defectuoso”. *RCEA*. Vol. XI, 1995, pp. 415-421.

⁵⁰ BOND, S.R. “Comme rédiger une clause d'arbitrage?”. *Bull. CI Arb. CCI*, Vol. I, Nº 2, 1990, pp. 14 y ss.

a arbitraje y dicha valoración puede volver a requerir la intervención judicial, bien porque se presenta directamente la reclamación ante el juez desconociendo la cláusula compromisoria, bien con posterioridad en la fase de anulación del laudo. La eficacia de la cláusula, generadora de obligaciones para las partes que pactaron el convenio, de la competencia de los árbitros y de su correspondiente incompetencia judicial puede, en efecto, verse seriamente afectada por una falta de determinación de la voluntad de las partes, de la institución encargada del arbitraje o de la renuncia acceso de los tribunales; en fin, por un conjunto de razones que, en definitiva, constituyen el elenco de lo que la doctrina francesa, familiarizada con los problemas prácticos del arbitraje, denominó *clauses d'arbitrage pathologiques* por no considerar las funciones esenciales que debe cumplir un acuerdo arbitral: producir consecuencias obligatorias, excluir la intervención de autoridades judiciales, dotar de facultades al tribunal arbitral para resolver la controversia y, por último, establecer un procedimiento que bajo condiciones de eficiencia y rapidez concluya en un laudo arbitral que es susceptible de ejecución⁵¹.

La cláusula patológica surge en función de circunstancias muy diversas como la designación como rectora del procedimiento arbitral de una norma

derogada; la falta de voluntad clara y terminante de someterse a arbitraje; la ausencia expresa y tajante de renuncia a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales; la defectuosa designación de la institución encargada de administrar el arbitraje o, siendo esta correcta, que tal institución no administre el arbitraje o no cuente con un Reglamento que permita desempeñar tal función; la concurrencia de la sumisión a arbitraje como método de solución de las posibles controversias dimanantes del contrato, con la elección de foro judicial; la inclusión de modalidades en el ejercicio de la actividad arbitral de imposible o difícil cumplimiento tales como plazos excesivamente breves para llegar al laudo definitivo, o el establecimiento de un procedimiento de designación de árbitros excesivamente alambicado. Si esto es así, nos encontramos con una cláusula patológica cuando incluya una expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, acerca de la identificación de la institución arbitral competente o respecto de la auténtica renuncia a la jurisdicción estatal⁵². *Dentro de las hipótesis formuladas nos detendremos en algunas muy elocuentes sin ninguna pretensión de exhaustividad pues la práctica es extraordinariamente variada.*

i) Una primera hipótesis puede darse el caso de que las partes de un contrato

⁵¹ Vid. F. EISEMANN. "La clause d'arbitrage pathologique", *Essais in Memoriam de Eugenio Minoli*, Turín, 1974, pp. 120 y ss.; M.H. Maleville, "Pathologies des clauses compromissoires", *Rev. dr. aff. int.*, 2000, nº 1, pp. 61-83.

⁵² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international", *R. des C.*, t. 290, 2001, pp. 9-224, pp. 116 y ss.; GUERRERO DEL RIO, R. "Algunas reflexiones sobre la cláusula compromisoria en el arbitraje comercial internacional y sobre las cláusulas patológicas en particular", *Estudios de arbitraje. Libro homenaje al profesor Patricio Aylwin Azócar*. Op. cit.; pp. 629-636.

hayan acordado someterse al arbitraje de acuerdo con el Reglamento de un determinado Centro de arbitraje y dicho Centro no cuente con un Reglamento de Arbitraje y no se dedique a administrar procedimientos de arbitraje. Surgido el conflicto, si una de las partes justifica la iniciación del procedimiento arbitral apoyándose en la inequívoca voluntad de someterse al arbitraje y la otra se opone manifestando que es imposible ejecutar el acuerdo de arbitraje la pregunta primaria es determinar si, en este caso concreto, nos hallamos ante un verdadero acuerdo arbitral y, si la respuesta es afirmativa de que modalidad de arbitraje se trata, *ad hoc* o institucional y si, por último optamos por esta segunda posibilidad, qué centro de arbitraje debe administrar el litigio. Partiendo del carácter inequívoco de la intención de las partes de someterse a arbitraje, la puesta en práctica de tal opción es, ciertamente difícil. En América Latina un cauce de solución puede venir a través del artículo 3º de la Convención de Panamá que establece que a falta de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje se llevará a cabo conforme al Regl. CIAC. Pero aún así, para que dicha disposición sea aplicable, las partes deben ser nacionales de países que sean parte de la Convención.

ii) Otro ejemplo puede producirse a partir de las relaciones contractuales derivadas de un contrato tipo que no se ha adecuado convenientemente el caso concreto y que, dejando abiertas ciertas opciones para las partes a la hora de su

negociación, estas últimas no se han percatado de esta circunstancia y suscrito el texto en bloque. La consecuencia puede ser que en la cláusula relativa al arreglo de controversias figuren opciones contradictorias como el sometimiento a los tribunales ordinarios y, al mismo tiempo, la sumisión al arbitraje⁵³. Nos hallamos ante un problema frecuentísimo en la práctica arbitral de que es una muestra el asunto resuelto por la *High Court of Hong Kong* el 19 de febrero de 1993 (*William Company / Chu Kong Agency C. Ltd. y Guangzhou Ocean Shipping Company*), en este caso, el conocimiento de embarque sometido a las Reglas de La Haya-Visby incluía una cláusula compromisoria por el que se estipulaba el arbitraje en China de acuerdo a la ley china y, a la vez, una cláusula atributiva de competencia en favor de los tribunales chinos. La *High Court* a partir de la documentación sobre la negociación del contrato aportada por las partes entendió que debía prevalecer la opción del arbitraje solicitada por la demandada ante la pretensión de la demandante de someter el litigio ante la jurisdicción china.

iii) Por fin, dentro de este reducido examen podemos considerar el ejemplo de una cláusula arbitral que remita a las partes el arbitraje en un “tercer país” de conformidad con el Reglamento de una Corte de Arbitraje mal designada o inexistente. Una de las partes puede oponerse al arbitraje por considerar que el acuerdo de arbitraje es nulo y el tribunal arbitral, en los sistemas donde se admita

⁵³ *Vid.*, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 27 de abril de 1998 que confirmó un laudo arbitral que resolvió la contradicción existente en una cláusula que remitía, a la vez, al arbitraje de la Corte Española de Arbitraje y a los Tribunales de Madrid.

el principio de competencia-competencia o, en su caso el tribunal estatal deberá indagar el sentido exacto de la voluntad de las partes y, en ambos casos, la práctica parece inclinarse a que el procedimiento arbitral siga su curso⁵⁴.

2.1.2. Acción integradora por parte del juez

Una solución a esta cuestión exige del juez que ha de interpretar la cláusula compromisoria la separación de lo defectuoso y de lo inválido atendiendo al denominado “efecto útil” del convenio arbitral. Por eso el juez debe distinguir con precisión entre una cláusula oscura que no suponga ningún obstáculo para la realización del arbitraje de aquella otra que sí lo suponga; por ejemplo, en las hipótesis que hemos formulado, cuando no pueda identificarse con claridad el organismo arbitral al que las partes pretenden someterse. Se entiende, en tal sentido, que después de que las partes hayan incluido una cláusula compromisoria en el contrato el juez debe presumir que su intención es establecer un futuro mecanismo de solución de la controversia basado en el arbitraje. Esto es, el juez debe dejar constancia de la voluntad real de las partes de recurrir al arbitraje y sólo ha de llegar a una solución contraria si esta voluntad no

está suficientemente acreditada por medio de circunstancias de índole objetivo. No se trata de que el juez tenga la obligación de modificar el sentido literal de las cláusulas compromisorias, sino que debe reconstruir, si así lo considera oportuno, la voluntad deficientemente expresada por las partes de someterse al arbitraje y prescindir de una simple lectura meramente formal de la cláusula controvertida. Mas tampoco ha de extralimitarse en su función y llegar a una revisión de la cláusula, lo cual denota que deberá moverse, en muchas ocasiones, en un difícil equilibrio, pues si la imposibilidad de revisión de la cláusula se encuentra en un extremo de la balanza en el otro se halla una eventual *déni de justice*.

La presencia de errores en la redacción del convenio arbitral impone la necesidad de comprobar el carácter formal o sustancial de los mismos, en ese orden determinar su eficacia invalidante de la voluntad de las partes, para verificar así la eficacia positiva y negativa del convenio⁵⁵. Interpretación determinada por su índole estricta, pero *pro validitate*, según lo reconocido por constante práctica arbitral⁵⁶; por ejemplo, la referencia a un determinado idioma no constituye elemento sustancial en la aceptación o no del convenio arbitral. Sea cual fuere la

⁵⁴ *High Court of Hong Kong*, 5 de mayo de 1993 (*Lucky-Goldstar International (H.K.) Ltd. / Ng Moo Kee Engineering Ltd.*).

⁵⁵ CHILLÓN MEDINA, J.M. y MERINO MERCHÁN, J.F. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. 2ª ed. Madrid, 1991, p. 689.

⁵⁶ Laudo CCI Nº 4145, de 1983, primer laudo interlocutorio, *Journ. dr. int.*, 1985, p. 985 y Laudo Nº 3460 de 1980, *Journ. dr. int.*, 1981 p. 939). Posición que se halla también en la práctica judicial como muestran en España, por ejemplo, los Autos TS de 17 de junio de 1983, *Ludmila C. Shipping Co. Ltd. / Maderas G.L., S.A.*, *RCEA*, Vol. I, 1984, p. 187, esp. p. 189 y de 22 de diciembre de 1983, *Fletamentos marítimos, S.A. / Star Dispatch Shipping*, *ibid.*, Vol. I, 1984, p. 195.

ley aplicable y el idioma de sustanciación, la voluntad de la parte sería la misma, esto es, la resolución de las controversias mediante arbitraje. En el caso de convenios patológicos, la existencia misma del convenio arbitral no es cuestión que ofrezca duda. La mera comprobación fáctica concluye en su existencia material y su firma, junto con el resto del contrato. Respecto a la validez, es de señalar que no contradice ningún precepto legal, de manera que el arbitraje es válido y legítimo. La voluntad de las partes, debe aparecer expresada en el convenio arbitral, pero padece una concreta contradicción en su contenido o en el conjunto de cláusulas pactadas en el contrato.

Bien entendido que el concepto de convenio arbitral “patológico” hace referencia a aquel convenio válido, pero que presenta imprecisiones cuya aparición puede provocar la ineficacia del pacto. El concepto no comprende, por tanto, aquellos supuestos en que éste sea radicalmente nulo por una razón que afecte a su esencia misma, como la indisponibilidad de la controversia. En efecto, al versar sobre un problema íntimamente ligado al orden público la inarbitrabilidad de una materia no hace defectuoso el convenio de arbitraje que sobre ella verse, sino radicalmente nulo. Por ejemplo, el artículo II CNY, establece con carácter muy general

tres tipos de causales de ineficacia del convenio, al margen de la arbitrabilidad de la controversia que excluimos aquí deliberadamente y a la que nos referiremos en el Capítulo X. Pues bien, el convenio arbitral “patológico”, válido pero no completamente definitorio de la voluntad de las partes, no figura en la generalidad de los supuestos apuntados extendiéndose la nulidad a los supuestos de ausencia absoluta de consentimiento, de falta de capacidad de las partes y de fraude o error⁵⁷. Por su parte, la ineficacia, en la formulación del artículo II.3 CNY, se refiere propiamente, a los casos en los que el convenio válido e ineficaz, deviene inoperante, por diferentes razones: renuncia de las partes, novación, incumplimiento de plazos por la parte actora o por los árbitros⁵⁸.

La voluntad integradora del juez estatal encargado de enjuiciar este variado elenco de problemas tiene la última palabra en la eficacia del convenio arbitral. Cuando la interpretación es estricta y rígida, el menor error puede implicar que el convenio arbitral decaiga. Cuestión más fáctica que jurídica, debe tenerse muy presente el alcance del error, con la finalidad de determinar si es sustancial o meramente instrumental. Y siempre teniendo en cuenta que en el arbitraje comercial internacional, en sentido estricto, no encontramos supuestos en que participen

⁵⁷ ARTUCH IRIBERRI, E. “El convenio arbitral defectuoso”. *Loc. cit.*, pp. 416-417.

⁵⁸ Se da este supuesto, de manera especialmente llamativa, en las cláusulas arbitrales pactadas en Convenios bilaterales de protección y promoción de inversiones que suelen verse en ocasiones contradichos por el propio contrato, del que surge la concreta controversia: en estos casos no hay patología alguna, ni error en el consentimiento originado por un error de redacción: se trata de una verdadera colisión entre cláusulas sucesivas y el modo de resolverla supone en buena medida la aplicación de las normas de prelación en Derecho de los tratados. *Vid.* E. ARTUCH IRIBERRI. *La jurisdicción del CIADI de acuerdo al artículo 25º del Convenio de Washington*. RCEA. Vol. XIV, 1998, pp. 287-297.

partes especialmente protegidas o cuya pericia profesional sea algo dudoso. En este orden de ideas, el principio general de eficacia máxima y la seguridad jurídica de las partes son conceptos compatibles⁵⁹.

3. EFECTO NEGATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL

3.1. Alcance general del convenio arbitral

3.1.1. Cláusula compromisoria y cláusula atributiva de competencia

El postulado general según el cual, el acuerdo de arbitraje es exclusivo y excluyente de la jurisdicción ordinaria⁶⁰, se recoge en cierto modo el principio *ubi partes sunt concordēs nihil abjudicem* (donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez). El arbitraje supone una renuncia a la intervención de los tribunales en cuanto la misma no sea absolutamente indispensable y de ahí la formulación del principio de exclusión de la intervención judicial: si el mismo no se aceptase no tendría razón de ser la propia institución, pues los inconvenientes que puede plantear la renuncia a la jurisdicción ordinaria no quedarían compensados por los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser del arbitraje. La sumisión a la decisión de los árbitros ha de entenderse, en efecto, como decisiva, excluyente y exclusiva, no concurrente o alternativa con

otras jurisdicciones y para ser tenida por eficaz y vinculante es necesario que conste, debidamente manifestada, la voluntad firme e inequívoca de las partes de someter todas o algunas cuestiones que pudieran plantearse de sus relaciones jurídicas a la decisión arbitral. La justificación de este postulado no ofrece, sin embargo, una unanimidad en la doctrina. Existe un sector que defiende el desplazamiento de la jurisdicción afirmando que en el arbitraje, hay, efectivamente, un proceso jurisdiccional, a pesar de que los árbitros son particulares y no funcionarios del Estado. Es precisamente la dimensión jurisdiccional del arbitraje la que permite deslindar la institución de otras que guardan con ella cierta relación como *l'expertise*, la mediación, la conciliación o el mandato. Por esto en el momento en que las partes eligen acudir al arbitraje se produce automáticamente declinatoria de la facultad jurisdiccional derivada del poder soberano del Estado, a favor de los árbitros y de aquí se sigue que la función de éstos, según esta tesis, tendría carácter jurisdiccional, aunque de modo excepcional y temporal.

Frente a esta posición cabe oponer que es la ley y no la autonomía de la voluntad de las partes la que atribuye a esos árbitros la facultad de administrar justicia; dicha actividad es un acto de soberanía y esa manifestación de la autonomía de la voluntad tendrá la virtud de derogar la competencia del juez, pero no su jurisdicción; sin embargo, la potestad

⁵⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "Le rôle des juridictions étatiques...". *Loc. cit.*, p. 124.

⁶⁰ Artículo 5 LA Ve. *Vid.* G. DELGADO SOTO. "Nulidad de la cláusula arbitral". *Arbitraje comercial interno e internacional. Reflexiones teóricas y experiencias prácticas*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2005, pp. 221-337, pp. 221-337.

de los árbitros surge cuando la ley se las otorga excepcionalmente y de manera privativa e imperativa⁶¹.

Como quiera que el arbitraje se pacta libremente por las partes, resulta que en virtud del compromiso o de la cláusula compromisoria se produce un traslado o desplazamiento de la jurisdicción y la competencia, del juez al árbitro, en cada caso concreto⁶². El árbitro tiene poder decisor acerca del asunto que se le encomienda como si fuera un juez, aunque nunca queda asimilado a él. Existe, sin embargo, una diferencia sustancial entre el convenio arbitral y la cláusula de prorrogación de foro: la derogación o prorrogación convencional transfiere una competencia de un foro a otro, pero no la crea, que es precisamente lo que sucede con el convenio de sumisión a arbitraje⁶³.

Debe reconocerse que la cláusula atributiva de jurisdicción y la cláusula arbitral presentan una naturaleza muy similar. Ambas presentan una naturaleza mixta, contractual por su origen y procesal por los efectos que producen, y ambas incorporan un mecanismo de atribución de competencia: la cláusula de elección de foro a un Tribunal de la jurisdicción ordinaria que en principio no es competente, y la cláusula de arbitraje a los árbitros; asimismo, la similitud entre

las dos figuras justifica un tratamiento similar en materia de forma. Ahora bien, sin constituir auténticos compartimentos estancos es preciso reconocer que entre ambas existen diferencias sustanciales. El argumento sugiere una mayor enjundia teórica: en tanto que la cláusula atributiva de competencia confiere al juez el derecho de ejercicio del poder jurisdiccional, que se reparte entre los diversos órganos judiciales de un Estado en virtud de los criterios de competencia determinados por cada ley estatal, la cláusula compromisoria es un mero título contractual que confiere o instituye al árbitro la facultad de resolver el litigio⁶⁴. La práctica no muestra una delimitación nítida entre ambas figuras suscitando, a la inversa, frecuentes supuestos de concurrencia entre ellas y, por ende, la determinación de la prevalencia de una sobre la otra. La cuestión nos acerca al terreno de las llamadas “cláusulas patológicas” y al de la “competencia-competencia” que ha tenido una vía de solución en algunos sistemas⁶⁵, pero que dentro de América Latina no nos permite adelantar soluciones tajantes en torno a la contradicción. No es una cuestión menor considerar de manera sumaria que la contradicción entre ambas cláusulas no implica, necesariamente, la anulación de la cláusula arbitral.

⁶¹ DEVIS ECHANDÍA, H. *Teoría General del Proceso*. Bogotá, 1967.

⁶² BARBI FILHO, C. “Cumprimento judicial de cláusula compromissória na Lei 9.307/96 e outras intervenções do Judiciário na arbitragem privada”. São Paulo: *Revista dos Tribunais*. Vol. 87, Nº 749. 1998, pp. 104-123.

⁶³ Vid. P.A. LALIVE, “Problèmes relatifs à l'arbitrage commercial international”. *R. des C. t.* 120, 1967-I, pp. 569-714. esp. p. 586.

⁶⁴ Vid., por todos, W.W. PARK, *International Forum Selection*, La Haya, 1995.

⁶⁵ NAMMOUR, F. *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 2ª ed. Beirut, 2005, pp. 29-31.

El convenio arbitral puede calificarse como un instrumento de heterocomposición del conflicto que pudiera derivar de la ejecución de un contrato. Como punto de partida, el convenio sólo establece el medio de solución de controversias que, en el plano internacional, puede consistir, por ejemplo, en que los árbitros actúen en uno o más Estados concretos⁶⁶ de acuerdo con Derecho o a equidad. Por eso, la estipulación de la cláusula compromisoria suele formalizarse en el mismo contrato, aunque sea con pacto de someterse al arreglo arbitral, lo que constituye un verdadero acuerdo marco jurídicamente vinculante. La autonomía de la voluntad⁶⁷ proyectada en la cláusula compromisoria puede determinar el sometimiento al arbitraje de cualquier cuestión: el lugar del arbitraje, la ley aplicable al fondo y al procedimiento, el idioma o idiomas que se utilizarán, el plazo, el nombre del o de los árbitros o de la institución administradora o la manera de determinarlo, la forma de contribuir a las costas, la limitación de eventuales recursos, etc...⁶⁸. Un mecanismo que pretende inmunizar los contratos de los ordenamientos jurídicos y de la jurisdicción, incluyendo en algunos casos cláusulas de autoejecución: se genera a partir de aquí una suerte de sistema jurídico mercantil transnacional. De manera

gráfica puede decirse que los operadores del tráfico mercantil internacional sitúan sus controversias en un entorno neutral, no influenciado por el mayor conocimiento de una de las partes hacia su sistema jurídico nacional, tanto procesal como material. Ese es el punto de partida y la esencia misma de la institución arbitral.

3.1.2. Eficacia del convenio arbitral en relación con los tribunales estatales: situaciones en presencia

El interrogante de la eficacia del convenio arbitral en relación con los tribunales estatales, queda caracterizado de la siguiente manera: el conjunto de elementos y condiciones que deben concurrir en él para que la competencia de los tribunales se considere derogada⁶⁹. A este efecto, el artículo II.3 CNY y el artículo 5.1 CG prestan atención a la referida eficacia negativa en el caso de que alguna de las partes en el convenio plantee ante los tribunales un litigio circunscrito al mismo. Siguiendo el tenor de ambos preceptos el artículo 8º LMU dispone que:

“1. El tribunal al que se someta un litigio sobre un asunto que es objeto de un acuerdo de arbitraje

⁶⁶ KANAAN, E. y EL-KOURY, J.I. “Domaine de la clause compromissoire: respect de sa mission par l'arbitre”. *Rev. dr. aff. int.*, 1993, pp. 113-119.

⁶⁷ *Vid.*, KLEIN, F.E. “Autonomie de la volonté et arbitrage”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1958, pp. 255 y ss. y 479 y ss., esp. pp. 489-491 y H. Motulsky, “L'évolution récente en matière d'arbitrage”. *Rev. arb.*, 1959, pp. 3 y ss., esp. pp. 9-10.

⁶⁸ VERBIST, H. “Le lieu de l'arbitrage dans le processus de négociation et de rédaction d'une clause d'arbitrage”. *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1993, pp. 220 y ss.; VERDERA y TUELLS, E. “La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral”. *RCEA*, T. XI, 1995, pp. 35-57.

⁶⁹ *Vid.* VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*. Madrid, 2000, pp. 219 y ss.

remitirá a las partes al arbitraje si lo solicita cualquiera de ellas, a más tardar, en el momento de presentar el primer escrito sobre el fondo del litigio, a menos que se compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o de ejecución imposible.

2. Si se ha entablado la acción a que se refiere el párrafo 1) del presente artículo, se podrá, no obstante, iniciar o proseguir las actuaciones arbitrales y dictar un laudo mientras la cuestión esté pendiente ante el tribunal”.

Por tanto, cuando existe un acuerdo válido de arbitraje y una parte presenta una demanda ante la jurisdicción ordinaria, la otra parte puede pedir que se transfiera la controversia al tribunal de arbitraje en un breve periodo de tiempo o continuar con las actuaciones arbitrales si éstas ya se han iniciado⁷⁰. La jurisprudencia estatal al aplicar este precepto (u otro similar incorporado a las legislaciones que han adoptado la LMU) considera que debe ser interpretado de manera restrictiva⁷¹ primando, en todo caso, una presunción a favor del arbitraje. La regla de base es

que la cláusula compromisoria que esté en contradicción con una cláusula atributiva de jurisdicción no priva al árbitro de su competencia⁷². Siempre le cabe la posibilidad de rechazar la transferencia si, por ejemplo, llega a la convicción de que una de las partes personadas en el procedimiento no ha suscrito el acuerdo de arbitraje o la controversia de que se trata no se encuadra en los términos del acuerdo de arbitraje. Además, la parte que invoque la remisión al arbitraje deberá efectuar tal solicitud en el mismo momento de entablarse en litigio ante la jurisdicción estatal y no en una fase ulterior del procedimiento⁷³. Como quiera que los árbitros y los jueces pertenecen a órdenes jurídicos distintos no es factible que se planteen en el arbitraje cuestiones de litispendencia (*v.gr.* artículo 21.4 LA Gt) pues estas últimas únicamente pueden suscitarse entre dos jurisdicciones de un mismo Estado o de dos Estados diferentes como consecuencia de una acumulación positiva de foros de competencia judicial internacional. Desde el momento en que existe un convenio arbitral el tribunal estatal ya no es competente y por tanto la cuestión no se suscita⁷⁴.

⁷⁰ BACHAND, F. “Does article 8° of the Model Law call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?”. *Arb. Int'l.* Vol. 22. Nº 3, 2006, pp. 463-476.

⁷¹ *Federal Court of Canada, Trial Division*, 17 de enero de 1989 (*Navionics Inc. / Flota Marítima Mexicana, S.A.*).

⁷² En la jurisprudencia francesa es expresiva la sentencia de la *Cour de cassation*, 2^{ème} Ch. civ., 18 de diciembre de 2003 (*SCI la Chartreuse et autre / C.*).

⁷³ BACHAND, F. “Does article 8 of the Model Law call for Full or Prima Facie Review of the Arbitral Tribunal's Jurisdiction?”. *Arb. Int'l.* Vol. 22. Nº 3, 2006, pp. 463-476.

⁷⁴ Laudo CCI Nº 5103. *Vid.* GIL MINGUILLÓN, S. *La litispendencia arbitral internacional*, Logroño, 2001, pp. 43 y ss.; D.D. Reichert, “Problems with Parallel and Duplicating Proceeding: the Litispendence Principle and International Arbitration”. *Arb. Int'l.* Vol. 8. Nº 3, 1992, pp. 237-255; sobre la litispendencia internacional entre Tribunales pertenecientes a jurisdicciones distintas *Vid.* FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. *Derecho internacional privado*, 5ª ed. Cizur Menor: Thomson. *Op. cit.*, pp. 99-102.

El juez una vez comprobada la eficacia y aplicabilidad de la cláusula arbitral debe remitir a las partes al arbitraje suspendiendo el procedimiento en curso. La forma imperativa del precepto (“remitirá”) refuerza la naturaleza categórica y no meramente potestativa de la facultad de los tribunales estatales destinatarios de la misma. Hoy día es de común aceptación que de dicho precepto establece de manera inexorable que si las condiciones para la remisión se reúnen, el juez no puede evitar remitir a las partes al arbitraje en cumplimiento de lo dispuesto en el convenio arbitral. Configura, por tanto una competencia a instancia de parte (“si lo solicita cualquiera de ellas”) y no *ex officio iudicis*. Como es lógico si las partes no muestran su oposición por el cauce procesal adecuado se entienden que renuncian a que su controversia se resuelva por la vía arbitral⁷⁵.

Si surge una controversia sometida por las partes a la decisión arbitral, una de ellas, incumpliendo lo convenido, solicita la intervención de los tribunales del foro, el acuerdo arbitral carecerá de eficacia a menos que se otorgue la facultad a la otra parte para oponer la excepción de incompetencia basada en el acuerdo de arbitraje y, asimismo, se obligue al tribunal a rechazar su competencia. La renuncia por las partes a la cláusula arbitral, como consecuencia de instar directamente la resolución del asunto ante la jurisdicción ordinaria, elimina la posibilidad de esgrimirla en un momento ulterior para

impugnar la competencia de esta última jurisdicción. No existe impedimento para que las partes renuncien al convenio de arbitraje pactado, quedando expedita la vía judicial; por eso se entenderá que las partes renuncian cuando, interpuesta demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en el juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción.

Aparece la misma cuestión cuando la parte que no desea cumplir con el acuerdo arbitral presenta una demanda sobre el fondo del asunto ante un tribunal estando pendiente ya el procedimiento arbitral. Ello obliga al juez a examinar comprobar, antes de pronunciarse sobre su competencia, si el acuerdo arbitral es válido y si el *thema decidendum* sometido a su conocimiento es el mismo que las partes han acordado en resolver por medio del arbitraje. Pero en este marco puede suscitarse una hipótesis de mayor complicación. Es el caso de un proceso arbitral suscitado en el extranjero por existir en el contrato objeto del litigio una cláusula arbitral que atiende a tal situación y la otra parte, ignorando este extremo, insta la vía jurisdiccional en ese Estado obteniendo una sentencia favorable. El tema es la eficacia de tal decisión judicial en un eventual procedimiento de exequátur cuando se pone la parte condenada que había puesto en marcha previamente el arbitraje. Parece evidente que estamos ante un problema propio de exequátur de decisiones judiciales pero

⁷⁵ El artículo 1424° Ccom Mx aprovechó para precisar temporalmente el momento en que debe remitir a las partes al arbitraje: “cuando lo solicite cualquiera de ellas”, lo que ha sido objeto de duras críticas en círculos arbitrales mexicanos. Cf. GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. *Arbitraje*. México: Ed. Porrúa, 2004, pp. 148-150.

aquí el motivo de oposición al mismo es el incumplimiento en el Estado de origen de la cláusula arbitral.

Ignorando concretas pugnas que se puedan establecer entre las partes al respecto, el argumento así planteado es de una enorme relevancia. No debe perderse de vista que las jurisdicciones estatales son “naturalmente” competentes para conocer en todos aquellos casos para los que su ordenamiento les atribuye competencia judicial internacional. Sobre este volumen competencial, similar al concepto de jurisdicción⁷⁶, actúa el convenio arbitral, detrayendo concretos asuntos del conocimiento de los tribunales nacionales. Para ello, los ordenamientos nacionales, sin excepción, exigen la concurrencia de dos circunstancias: primero, que la controversia verse sobre materia arbitrable y, segundo, que las partes estén de acuerdo en someter esa diferencia a juicio de árbitros. Con estas dos condiciones, la competencia judicial internacional de los tribunales estatales disminuye en tanto que nace (de manera directamente proporcional) la competencia arbitral. Pero no olvidemos el punto de partida: los árbitros son competentes, por efecto del convenio arbitral, en asuntos atribuidos “naturalmente” a una jurisdicción nacional, no importa cuál. Esto conlleva que, en los casos en que una de las partes se niegue a poner en marcha

el convenio arbitral pactado y presente demanda ante una jurisdicción estatal, ésta debe declararse incompetente por razones fundadas: el principio de legalidad y la prohibición de denegación de justicia lo exigen. En este caso, el principio de legalidad implica que el tribunal estatal examine la causa de su incompetencia de acuerdo con las normas que en su ordenamiento hacen eficaz al arbitraje⁷⁷. Por su parte, la prohibición de denegación de justicia exige asegurar que los árbitros tendrán una competencia suficiente y correcta para decidir el asunto. Significa todo ello, que instado el tribunal estatal por una de las partes, su declaración de incompetencia debe ser reglada y causal. Significa, en definitiva, que va a valorar la causa: la validez y eficacia del convenio arbitral.

En dicha valoración el Tribunal deberá determinar la validez de la cláusula compromisoria, verificar si existe expresa voluntad de anular cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre las partes y, finalmente, constatar la disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje, a fin de precisar la jurisdicción a la que corresponde dirimir la causa bajo análisis. Resulta, pues, imprescindible analizar los siguientes elementos fundamentales: la validez y eficacia de la cláusula compromisoria; esto es, el apego a los requisitos que la legislación

⁷⁶ Vid. la delimitación de conceptos en FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S. *Derecho internacional privado*, 1ª ed. Madrid, 1999, pp. 79 y ss.

⁷⁷ Y no otras, por ejemplo, las destinadas a delimitar los supuestos de incompetencia porque el asunto corresponde a otros tribunales nacionales. La confusión entre las causas produce, como veremos, resultados muy negativos. Vid. ARTUCH IRIBERRI, E. “Comentario a la sentencia de 18 de febrero de 1993”. *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*. Vol. 32, 1993, pp. 459-471, en el que se analizan las consecuencias de aplicar al convenio arbitral las normas sobre acuerdos de derogación de foro.

exige para que tales acuerdos surtan plenos efectos jurídicos, tanto en el campo sustantivo como en el objetivo y, por tanto, resulte enervado el conocimiento de la jurisdicción ordinaria; la expresa voluntad de enervar cualquier conocimiento judicial sobre las controversias suscitadas entre las partes y, en última instancia, la disposición indubitada de hacer valer la excepción de arbitraje.

3.1.3. El caso CCT / FCC

Un ejemplo de un doble proceso judicial y arbitral reproduce a la perfección la cuestión que aquí se plantea⁷⁸. El 30 de septiembre de 1998, CCT, sociedad mercantil con sede social en Panamá presenta demanda contra FCC, domiciliada en España. La demanda traía causa en un contrato de construcción celebrado entre las partes y regido por las *FIDIC Conditions* sobre contratación de ingeniería civil; las referidas condiciones prevén en su cláusula 67 la solución de controversias entre las partes mediante un método combinado de *référé pre-arbitral* obligatorio, que se sustancia ante el ingeniero y un segundo paso, puramente arbitral, para los supuestos en que la intervención del ingeniero no haya logrado dirimir la controversia⁷⁹. Sin embargo, el

desarrollo lineal de los acontecimientos previos al arbitraje, en este caso, se vio envuelto por una frenética actividad judicial iniciada por ambas partes ante los tribunales panameños. El inicio de sendos procedimientos cautelares o precautorios por ambas partes, provocó la interposición de las respectivas demandas de fondo, ambas relativas al objeto del convenio arbitral pactado⁸⁰. Desde ese momento, el asunto se desdobra en dos líneas paralelas que siguieron su propio curso: por un lado, la vía judicial abierta comenzó su sustanciación procesal y, por otro, la arbitral (CCI), con sede en Ginebra, se enfrentó a la excepción de incompetencia arbitral presentada por la demandada, FCC. Básicamente, y a los efectos que ahora importan, la discusión judicial se centró en una cuestión plenamente procesal: la correcta interposición, por parte de CCT, ante el juez Cuarto de Circuito de la excepción de incompetencia por existencia de convenio arbitral. Como supuesto adjetivo, la ley rectora de su solución era exclusivamente la panameña, pues sólo ella podía determinar los plazos para el planteamiento de la excepción. Mientras el arbitraje seguía su curso, los tribunales panameños, en una primera vía de recurso, decidieron que la presentación de la excepción por CCT no era extemporánea⁸¹.

⁷⁸ Este supuesto está extraído de mi curso de la Academia de La Haya de 2001. *Vid.* J.C. FERNÁNDEZ ROZAS. "Le rôle des juridictions étatiques...". *Loc. cit.* pp. 75-78.

⁷⁹ Acerca del carácter y extensión de la intervención del ingeniero en esta fase pre-arbitral, *vid.* por todos Ph. FOUCHARD, E. GAILLARD et B. GOLDMAN. *Traité de l'arbitrage commercial international*. París: Litec, 1996, pp. 20-21.

⁸⁰ En efecto, el 12 de marzo de 1998, FCC demanda a CCT ante el Juez Cuarto de Circuito de Panamá; por su parte, CCT presenta demanda el 17 del mismo mes contra FCC ante el Juez Cuarto.

⁸¹ Resolución del Primer Tribunal Superior de Justicia de 23 de febrero de 1999, revocando el Auto del Juez Cuarto N° 1796, de 26 de junio de 1998, que había decidido su competencia judicial sobre el asunto, por planteamiento fuera de plazo de la excepción de incompetencia.

y, por lo tanto, se declaró la nulidad de todo lo actuado ante el Juez Cuarto. Pero aún así la legislación panameña, siempre aplicable al supuesto procesal, permitía recurso ante la Corte Suprema de Justicia en estos casos y la sentencia recaída en esta instancia resolvió con carácter firme el incidente de nulidad promovido por FCC⁸², declarando la índole extemporánea de la interposición de la excepción y, en consecuencia, la remisión del asunto al Juez Cuarto de Circuito. Es decir, casi tres años después de la interposición de la demanda, los tribunales panameños se declaran por fin competentes y sólo por una razón: sin entrar a valorar la validez del convenio arbitral, ni la puesta en marcha de la cláusula 67 FIDIC, consideró que el efecto negativo del convenio arbitral, vertiente procesal, fue defectuoso. Y lo fue, sencillamente, porque su sustanciación no se produjo en el plazo exigido por la legislación procesal panameña.

Mientras tanto, el tribunal arbitral se declaraba competente, validando la eficacia positiva del convenio arbitral, de acuerdo con las normas FIDIC⁸³. Ciertamente, el procedimiento arbitral no tenía por qué verse influenciado por las normas procesales panameñas sobre la competencia judicial de sus tribunales y los medios de impugnarla. Como arbitraje con sede en Ginebra, sólo los tribunales suizos tenían competencia de control sobre el laudo recaído. Y si se trae el asunto a colación aquí es por lo siguiente: mientras los tribunales panameños se declaraban competentes sobre el asunto,

el laudo arbitral era recurrido ante el Tribunal Federal suizo. Dos jurisdicciones nacionales enjuiciaron simultáneamente el asunto desde diferentes perspectivas. Por una parte, los tribunales panameños valoraron su eficacia negativa, puramente procesal y, por otra, los tribunales suizos enjuician la eficacia positiva, esto es, si la creación de competencia arbitral fue correcta. El 17 de mayo de 2001, el Tribunal Federal suizo decidía la nulidad del laudo arbitral de 30 de noviembre de 2000 y la consecuente incompetencia del tribunal arbitral sobre el asunto.

Como se aprecia en el caso reseñado, es la eficacia negativa del convenio arbitral la que provoca la exclusión de la intervención de los tribunales estatales para entender del mismo tema que ha sido sometido a arbitraje. Sin embargo, esta eficacia negativa pasa forzosamente por una sustanciación procesal que puede llegar a ser muy gravosa; en concreto, para que el tribunal conceda una suspensión de las actuaciones, la parte que la pida debe demostrar al tribunal que la petición se hizo a tiempo y se dirigió a este último y no sólo a la otra parte.

En la mayoría de los países de América Latina, lo problemático en este punto, lejos de ser la articulación procesal interna de dicha excepción, es la propia falta de regulación expresa de la eficacia negativa del compromiso arbitral en las distintas legislaciones de arbitraje. Si a ello añadimos la imposibilidad de que el procedimiento arbitral continúe su curso

⁸² Sentencia de la Corte Suprema de 22 de enero de 2001.

⁸³ Laudo interlocutorio de 30 de noviembre de 2000, adoptado por mayoría de los árbitros, con un voto particular oponiéndose a la declaración de competencia.

ante la maniobra dilatoria de interponer una demanda judicial, no es de extrañar la importancia que debe concederse a este apartado⁸⁴. Bien es verdad que, como veremos más abajo, las nuevas reformas latinoamericanas admiten con amplitud la eficacia procesal del convenio arbitral. La jurisprudencia también lo aplica en la práctica en consonancia con una clara tendencia internacional inspirada en el artículo 8º LMU. El mismo avance se ha producido en el reconocimiento al tribunal arbitral de la facultad para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo de arbitraje.

4. EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL EN ESPAÑA: EL FUNCIONAMIENTO DEL ARTÍCULO II CNY Y LA LEY DE ARBITRAJE

4.1. Elenco de materias a tratar

El artículo II del Convenio de Nueva York dice, al regular la eficacia inicial del convenio arbitral, que “cada uno de los Estados contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser

resuelto mediante arbitraje”. Añade, en el párrafo 3 del mismo precepto que los Tribunales de los Estados reconocerán dicho acuerdo siempre que no lo consideren “nulo, ineficaz o inaplicable”. En esta norma aparecen los presupuestos de validez del arbitraje privado internacional, convirtiendo en cuestión central la determinación de qué sea “nulo, ineficaz o inaplicable”. Así, el elenco de aspectos a tratar es el siguiente:

- a. Arbitrabilidad: Artículo II.1, cuestiones susceptibles de ser resueltas por arbitraje.
- b. Forma: Artículo II.1 y 2, el convenio arbitral debe constar por escrito. Las cuestiones problemáticas se reducen a determinar el valor de la firma y de las cláusulas incorporadas por referencia.
- c. Capacidad: artículo 60º L.A., en defecto de aplicación del artículo VI del Convenio de Ginebra.
- d. Nulidad: Inexistencia o nulidad ab initio: fraude, error, falta de consentimiento. Determinación de la extensión del consentimiento en comprometer.
- e. Ineficacia: Artículo II.3, renuncia, novación o incumplimiento de plazo por la parte actora.
- f. Inoperatividad: Artículo II.3, cláusula de imposible ejecución o interpretación.

⁸⁴ En el caso planteado, si la sede arbitral hubiera sido el propio territorio panameño, la declaración de competencia judicial impediría el desarrollo del procedimiento arbitral. El artículo 1414º del Código procesal establece la presunción de renuncia tácita al convenio arbitral en todos aquellos casos en que presentada la demanda, el demandado no interponga en plazo la oportuna excepción. Esa es la causa de la competencia judicial en el asunto referenciado.

4.2. Arbitrabilidad de la diferencia

Primer presupuesto de existencia del arbitraje privado internacional (y no sólo requisito de validez y eficacia del convenio arbitral), la arbitrabilidad del objeto de la decisión de los árbitros es exigida tanto en las normas de fuente interna como convencional. Si se afirma que es un presupuesto y no un requisito, es porque, como se expuso más arriba, conforma una de las líneas maestras del diseño de esta institución. La ley reconoce el arbitraje como método de solución de controversias allí donde se puede ejercer la libertad de las partes en pactarlo, esto es, en el ámbito de materias renunciables. De ahí la denominación misma del método, el arbitraje privado internacional, calificado de comercial en la mayoría de los textos de Derecho convencional y comparado. Aunque la nueva Ley de Arbitraje de 2003 en relación a la anterior de 1988 suprime el término “privado” de su enunciado, lo cierto es que realiza continuas referencias a materias sobre las que las partes tengan libre disposición (artículo 1º) y a cuestiones litigiosas surgidas en relaciones jurídicas determinadas, sean contractuales o no (artículo 5º). De esta forma, el arbitraje en España se puede realizar respecto a cuestiones civiles, contractuales o no, sobre las que las partes tengan libre disposición.

A diferencia de lo que ocurre en otras cuestiones relativas al arbitraje, es de señalar que la regulación de fuente convencional resulta más restrictiva que la interna en este concreto punto. En efecto, el artículo I.3§ del Convenio de Nueva York de 1958, en la delimitación de su ámbito material de aplicación,

posibilita que los Estados firmantes restrinjan su aplicación a “los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su Derecho interno”. Tal declaración de comercialidad no fue formulada por España al ratificar el Convenio, pero sí se utilizó por otros Estados, que sólo reconocerán convenios y laudos arbitrales sobre materia comercial. Por su parte el Convenio de Ginebra de 1961 ni siquiera da lugar a la opción, pues se declara aplicable (artículo I) en los casos en que la controversia surja de “operaciones de comercio internacional”. Aunque la Ley de Arbitraje, más amplia en sus enunciados según se expuso antes, no especifica si la declaración de arbitrabilidad, extendida a cuestiones civiles renunciables, sean contractuales o no, pero no meramente comerciales, se refiere también al arbitraje internacional, es de suponer que, por las razones que enseguida veremos, el arbitraje internacional o el laudo extranjero en España podrá versar sobre el elenco de materias establecido en la Ley. Asimismo, y a consecuencia de todo ello, la denominación de Arbitraje comercial internacional puede ser suplida por la de Arbitraje privado internacional, pues parece claro que en la cuestión de la calificación de la materia arbitrable como “privada” o como “comercial” debe realizarse de acuerdo a la *lex fori*. No obstante lo cual, debemos admitir la extensión y usualidad del término comercial en el plano internacional, por lo que es aceptado generalmente a los efectos de uniformidad. Tanto es así, que la expresión ha sido adoptada en la Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Internacional, aprobada el 21 de junio de 1985, que

incorpora una interpretación del término “comercial”, en forma de elenco no exhaustivo de materias arbitrables.

Con independencia de las cuestiones relativas a la denominación, la arbitrabilidad de la diferencia encierra un problema más complejo en el ámbito del Derecho internacional privado. Porque, como es obvio, la dualidad de enunciados no es gratuita, sino que encierra una dualidad de concepciones acerca de la extensión y límites del arbitraje internacional. Y tal diferencia se proyecta ineludiblemente sobre la cuestión de la ley aplicable. Sentado que el elenco de materias arbitrables es amplio en Derecho español, es necesario determinar cuándo va a ser éste aplicable.

Siendo la arbitrabilidad un presupuesto de la institución entera, deja sentir sus efectos en todas y cada una de las fases del arbitraje, tanto arbitrales en sentido estricto, como judiciales. De esta suerte, arbitrabilidad es un *prius* de la validez del convenio arbitral; pero también es un límite a la competencia de los árbitros (artículo VI.2 Convenio de Ginebra), que pueden encontrar en un determinado asunto cuestiones disponibles que encierran otras que no lo son. Por fin, la inarbitrabilidad de la materia es una causa tanto de impugnación del laudo mediante el recurso de anulación, como de oposición al reconocimiento y ejecución del mismo (artículo V.2.a) Convenio de Nueva York). Cada una de estas manifestaciones del requisito de renunciabilidad de los derechos se sustancia, respectivamente, ante el o los árbitros o ante el juez, con consecuencias diversas en teoría, pues como es bien sabido, los árbitros internacionales no tienen *lex fori*. La

primera consecuencia de que el arbitraje no sea asimilable a la jurisdicción de un Estado es que los árbitros no disponen de un sistema de normas de conflicto que solucione con carácter definitivo los numerosos conflictos de leyes que pueden plantearse. O, formulado desde un punto de vista positivo, disponen de una total libertad para elegir el sistema jurídico que va a regir la cuestión controvertida, a salvo siempre la posible elección de las partes al respecto.

Pues bien, además de esa característica de los poderes arbitrales, el momento en que se plantee la cuestión, también ante el orden jurisdiccional de un Estado, introduce aún nuevos factores de dispersión en el sistema, pues la regulación positiva actual no trata igual la cuestión de la arbitrabilidad como presupuesto de validez del convenio arbitral, como causa de anulación o de oposición al reconocimiento y ejecución del laudo. Las posibilidades de plantear la cuestión de la arbitrabilidad de la diferencia quedan configuradas de la siguiente forma:

- i) Antes de comenzar el procedimiento arbitral, ante el juez estatal, con la intención de vaciar de eficacia el convenio e iniciar un procedimiento judicial.
- ii) Comenzado ya el procedimiento arbitral, en el trámite de oposición a la competencia arbitral.
- iii) Terminado el procedimiento y dictado el laudo, en un recurso de anulación.
- iv) Durante el trámite de reconocimiento y ejecución del laudo, por ser una causa de

denegación apreciable de oficio por el juez estatal.

Desde un plano general, puede afirmarse que la apreciación de si una materia es arbitrable o no se debate entre dos opciones; en primer lugar, lo que podríamos llamar una concepción territorial de la cuestión, que implica la aplicación de la ley del lugar en que la cuestión se plantea. En este caso, el juez llamado a resolver una excepción de incompetencia por existencia de convenio arbitral aplicaría su Derecho, como lo hace el juez de un recurso de anulación o el encargado del exequátur. Cuando es un juez nacional el encargado de dar solución al asunto de la arbitrabilidad, todas las normas internas e internacionales permiten denegar tal carácter si el asunto no es arbitrable de acuerdo a la *lex fori* del juez que conoce (arts. VI.2 y V.2.a) Convenio de Nueva York).

La otra opción, configurada desde la autonomía del presupuesto de arbitrabilidad, exige la indagación de la ley aplicable a éste. Opción ésta última habitual en la práctica arbitral internacional, en la que los árbitros recurren con frecuencia a las leyes implicadas en el asunto. De esta forma, que la controversia sea aplicable o no depende de lo que el Derecho rector del asunto en cuanto al fondo diga al respecto. Sin embargo es de señalar que, si bien esta opción existe, los árbitros hacen gala de una gran prudencia al respecto. Así, es usual la comprobación de los contenidos de los Derechos implicados para alcanzar una solución conjunta.

Vistas las posibilidades respecto a la ley de acuerdo a la que se decide la arbitrabilidad de a controversia, es necesario hacer alguna consideración

respecto a la aplicación de tal ley. Porque los Derechos nacionales potencialmente aplicables van a ser utilizados en un plano internacional, lo cual implica un uso atenuado del concepto de orden público. Arbitrabilidad de la diferencia y materia intervenida por el orden público (estatal o comunitario, cuando sea el caso) son conceptos compatibles. En primer lugar, como es habitual en las materias objeto de Derecho internacional privado, se trata aquí de un concepto restringido respecto al interno, que respeta las necesidades del tráfico jurídico internacional. En segundo lugar, no todas las cuestiones reguladas por normas imperativas o con caracteres de orden público pertenecen al ámbito de lo no-arbitrable. A ese ámbito pertenecen cuestiones no civiles o que, siéndolo, no pertenecen al entorno patrimonial y aparecen protegidas especialmente. Por su parte, el tráfico comercial y civil patrimonial internacional ofrece ejemplos de modalidades de contratación o de sectores del comercio protegidos por intereses estatales; tal protección o normativa inderogable por la voluntad de las partes, no convierte el sector afectado en inarbitrable. Simplemente, supone la obligación para el árbitro de tener en cuenta tal regulación y darle aplicación. En definitiva, la intervención del orden público internacional en un determinado asunto no supone la inarbitrabilidad del mismo, apreciación valedera para las decisiones que tomen al respecto tanto los jueces estatales como los árbitros internacionales.

4.3. Voluntad de las partes en someterse a arbitraje

Segundo presupuesto esencial del arbitraje privado, la autonomía de la

voluntad de las partes se manifiesta en su consentimiento en someter sus controversias a arbitraje; puede decirse que la voluntad de las partes al respecto se proyecta sobre el elenco de materias arbitrales de sus relaciones privadas. Voluntad privada y permisibilidad de los Derechos implicados sientan las bases para que el arbitraje se desarrolle con total normalidad (y sea válido y eficaz, al menos en sus presupuestos). Como segundo pilar básico de la institución, la voluntad de las partes debe quedar claramente expresada, siendo de estricta aplicación de que sin voluntad no puede haber arbitraje; al revés, esta voluntad fundamenta el efecto positivo del convenio arbitral, de manera que las partes están obligadas a someterse al juicio de árbitros y a cumplir la decisión que recaiga.

La voluntad de las partes queda sustanciada en el convenio arbitral, denominación única que encierra dos posibilidades; así el pacto de arbitraje puede ser anterior al nacimiento del litigio (el caso típico de su inclusión entre el clausulado general de un contrato). Por otra parte, las partes pueden, nacida ya la controversia pactar la sumisión a arbitraje, modalidad que provoca mucho menos problemas prácticos en su puesta en marcha, pero que es bastante menos frecuente en la práctica. Aunque tradicionalmente se denominaba a la primera “cláusula compromisoria” y a la segunda “convenio arbitral”, actualmente ambas figuras aparecen unificadas tanto en su nomenclatura como en sus efectos positivos y negativos (artículo 8º L.A. 2003).

Primer requisito de la validez de la expresión voluntad de las partes es,

obviamente, que estas sean capaces. Requisito incorporado a todas las normas convencionales y nacionales por vía negativa, la incapacidad de una de las partes significa nulidad del convenio arbitral. Tal incapacidad, también según lo previsto en las citadas normas, se rige por la ley nacional de cada parte (artículos V.1.a) Convenio de Nueva York, IX.1.a) Convenio de Ginebra y 60 L.A.). Se trata aquí del concepto general de capacidad de obrar y no, como parece indicar el citado artículo 60º L.A. de una capacidad específica para comprometer la materia objeto de litigio. No hay confusión entre la capacidad de la parte y la concreta posibilidad de disposición acerca de la materia controvertida, esto es, la arbitrabilidad de la misma. Cuando la falta de voluntad de las partes en comprometer se debe a ausencia de capacidad, la cuestión radica únicamente en la determinación de si quien se sometió a arbitraje tenía capacidad de obrar o, en su caso, suficiente representación, cuestiones ambas completamente autónomas del presupuesto de la arbitrabilidad de la diferencia.

Por fin, sentada la capacidad o suficiente representación de las partes, su voluntad en someterse a arbitraje debe quedar claramente formulada. Cuestión más fáctica que jurídica, la comprobación del consentimiento se reduce al contenido de convenio arbitral o de la cláusula compromisoria. Basta, con carácter general, que las partes indiquen que, en caso de controversia acerca de la ejecución, desarrollo, terminación o resolución del la relación jurídica de fondo, se someterán al juicio de árbitros. La práctica arbitral considera suficiente una redacción similar

a la expuesta. Sin embargo, la experiencia demuestra que esta cuestión, sencilla en apariencia, provoca serios inconvenientes en la práctica, puesto que, en ocasiones, la inclusión de un convenio arbitral dista de ser tan clara. Se trata de lo que se ha denominado en este trabajo “cláusula arbitrales patológicas”, en las que o falta un elemento esencial o se ven contradichas por el contexto contractual, por ejemplo, por la inclusión de una cláusula de sumisión a un tribunal estatal. En tales casos es necesario tener presente que no estamos ante convenios arbitrales inválidos en sentido estricto, sino defectuosos, lo cual implica que no estamos, en principio ante uno de los supuestos de “nulidad, ineficacia o inaplicabilidad” del convenio arbitral de los establecidos en el artículo II.3 del Convenio de Nueva York. Por esa causa es necesaria una previa indagación acerca de la posible eficacia del convenio arbitral. La única apreciación que es posible hacer en un plano teórico es que la ineficacia del convenio arbitral de la que habla el artículo II.3 del Convenio de Nueva York depende del grado de gravedad del defecto del convenio, de forma que no sea posible deducir de su enunciado que las partes hayan querido someterse a arbitraje.

4.4. Ámbito del convenio arbitral

4.4.1. Contenido

El Convenio de Nueva York al definir el convenio arbitral en su artículo II, establece que las partes deben delimitar a qué controversias, relativas a la relación jurídica que une a las partes, se dirige el acuerdo. Y ésta es, ciertamente, la cuestión más importante que atañe al contenido del convenio: la determinación de la extensión

de sus efectos respecto a todas o sólo a algunas de las controversias dimanantes de su relación jurídica. Por lo demás, el Convenio no establece ninguna otra particularidad al respecto, lo cual debe tenerse en cuenta a la hora de valorar la suficiencia del contenido, de forma que se considere como “necesaria” la indicación de tal asunto y como “facultativas” el resto de las apreciaciones que quieran hacer las partes. En algunas leyes nacionales y, concretamente, en la española (artículo 8º L.A.), se añaden pronunciamientos respecto al contenido necesario del convenio arbitral; en el caso español, las partes deben expresar “la obligación de cumplir la decisión que recaiga”. En otras legislaciones, como la egipcia (artículo 502º del Código Procesal), se proclama obligatorio el nombramiento de los árbitros en el propio convenio. En tales casos, la práctica arbitral rechaza la impugnación del convenio que no contenga tales indicaciones, bastando con que exprese de forma clara y terminante la decisión de someterse a arbitraje. El resto de los pronunciamientos se califican de “potestativos” y no influyen en la eficacia del convenio aunque puedan ser útiles para su mayor operatividad.

La mayor parte de las instituciones arbitrales recomienda una cláusula tipo en sus Reglamentos, a fin de evitar las cuestiones expuestas que, si bien no revisten especial gravedad, sí son susceptibles de provocar dilaciones en el procedimiento arbitral y disfunciones en la eficacia del convenio arbitral. Así, por ejemplo, la cláusula tipo de la Corte de Arbitraje de la CCI dice: “Todas las desavenencias que deriven de este contrato serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Regla-

mento de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”.

4.4.2. Forma

Que el convenio arbitral deba constar por escrito es una norma constante en los Tratados y en las leyes internas (artículo 6° L.A., II.1 Convenio de Nueva York o 7.2 Ley Modelo de 1985). Tal necesidad responde a un criterio estricto de necesidad jurídica; si el convenio arbitral tiene la virtualidad de crear una competencia específica a favor de los árbitros a la que las partes deben someterse, es necesario que quede determinada claramente su existencia. El escrito, en este sentido, es la prueba misma de la posibilidad del arbitraje y de su extensión.

La necesidad de que el acuerdo aparezca consignado por escrito no se confunde, sin embargo, con una interpretación estricta de qué se entienda por tal requisito. El Convenio de Nueva York (artículo II.2) daba ya la definición de qué deba entenderse por acuerdo por escrito, incidiendo en la cuestión de la firma; desde este texto, “acuerdo por escrito denotar una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. La salvedad de la ausencia de firma en la segunda modalidad expresada responde a las necesidades creadas por las nuevas técnicas aplicadas a la contratación, que exigen flexibilizar los requisitos formales en los pactos a larga distancia. La definición que, finalmente, m s se acerca al estado actual de la cuestión en lo relativo a la forma del convenio

arbitral es la contenida en el artículo 7.2 de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL que, además de recoger el pacto entre ausentes, no firmado por ambas partes, reconoce la validez de las cláusulas pactadas por referencia. Es este un problema resuelto en la práctica arbitral y que pasó a la formulación positiva en este texto internacional; son cláusulas pactadas por referencia las que se aceptan en relación a otro contrato o a condiciones generales de la contratación. Las partes, en lugar de pactar específicamente y por separado la resolución de controversias en un contrato, se remiten a las cláusulas ya existentes en otro en un modelo contractual. Este modo de incorporación por referencia es práctica habitual y no desdice ni la necesidad de un escrito ni la aceptación del contenido de las cláusulas que ambas partes deben conocer.

4.5. Efectos del convenio arbitral internacional

4.5.1. Positivos: obligación de someterse al arbitraje pactado

El convenio arbitral tiene un doble efecto positivo, concordante con su caracterización. En efecto, por una parte, el convenio produce para las partes una obligación, contractual pura, de someterse al juicio de árbitros y de estar y pasar por la decisión que recaiga. Por otra parte, y en otro orden de cosas, el convenio arbitral crea una competencia, de efectos similares a la judicial, pero diferente en su origen, que es la posibilidad para los árbitros de dictar una decisión con efecto vinculante para las partes. Son las dos vertientes, relativa a las parte unas, relativa a los

árbitros la otra, de los efectos positivos del convenio arbitral.

El efecto positivo *inter partes* se materializa mediante la posibilidad de compeler a la parte renuente al arbitraje. La mayor parte de los Reglamentos arbitrales establecen la posibilidad de desarrollar el procedimiento arbitral aun en ausencia de la parte que se niegue a cumplir lo pactado en el convenio de arbitraje (artículo 15.2 Reglamento CCI y V.1.b) Convenio de Nueva York, a contrario). La sentencia o laudo que recaiga en tales circunstancias es igualmente obligatoria. Como en cualquiera de los casos en que se niega la validez o eficacia del convenio arbitral, sólo este extremo va a ser valorado por el juez o el árbitro que deban pronunciarse acerca de la eficacia. Sin embargo, en este punto es necesario detenerse en una apreciación importante: que el convenio arbitral tenga una eficacia obligatoria para las partes implica una interpretación estricta de tal punto. Es el llamado efecto relativo de los pactos, que no sufre variación alguna en el caso de convenio arbitral. Sus efectos sólo se extienden a las partes que lo firmaron o asumieron de una forma u otra; en este sentido, la cuestión, en ocasiones, se centra en determinar quién, cómo y con qué extensión devino parte del convenio arbitral; pero el problema pertenece al ámbito del acto de consentimiento, a la eficacia real que se otorgue a una u otra modalidad de asunción del convenio arbitral, no de eficacia de éste. El convenio arbitral sólo conoce un tipo de eficacia positiva contractual y es, en sentido estricto, *inter partes*. De ahí que se insista con frecuencia en que las cláusulas de arbitraje sólo conocen una interpretación estricta, principio asentado en la práctica

arbitral y doctrinal en la materia. Los supuestos en los que la práctica ha tenido que examinar con detalle la extensión de la eficacia de la cláusula son los siguientes:

- i) Trasmisión de la cláusula e incorporación por referencia.
- ii) Grupos de sociedades: extensión de efectos a empresas que no firmaron, pero que aparecen de una otra forma vinculadas por el acuerdo contractual, como interesadas o implicadas en la ejecución o formando una unidad económica o explícitamente nombradas en el pacto. Sólo el primer supuesto es, obviamente, objeto de controversia, por lo que requiere de interpretación de la tácita voluntad de la empresa en ser parte.
- iii) Representación: implicación personal del representante social que firmó el convenio en uso de sus facultades delegadas por la sociedad representada.

4.5.2. Negativos: la excepción de incompetencia judicial

Como si de la otra cara de la moneda se tratase, el convenio arbitral produce un efecto negativo, en sentido estricto; esto es, “niega” una competencia, esta vez a los jueces y Tribunales del orden jurisdiccional estatal. Dicho efecto de sustracción de la competencia sobre un concreto asunto del ámbito de lo que pueden conocer los Tribunales del orden civil es el que con mayor fuerza caracteriza el arbitraje; se produce por igual en el orden interno que en el internacional, con la salvedad de que

en el segundo, la negación de competencia se predica de todos los Tribunales de los varios Estados que pudieran tener competencia sobre el asunto en virtud de los foros de competencia judicial internacional. En este sentido, se suele decir que una de las mayores diferencias entre el arbitraje privado internacional y las cuestiones de competencia civil en el mismo ámbito es, precisamente, que los foros de competencia “reparten” o atribuyen entre las jurisdicciones de los Estados la que un juez tiene respecto a un asunto, mientras que un convenio arbitral “crea” una competencia a favor de los árbitros.

La cuestión es que, en presencia de un convenio válido de arbitraje, el juez que pudiera tener competencia judicial en ese asunto debe dejar de conocer y remitir a las partes al arbitraje. Es el enunciado del artículo II del Convenio de Nueva York, y es, también el tenor literal del artículo VI del Convenio de Ginebra. La Ley de Arbitraje Española, para el ámbito interno, reconoce también esta eficacia negativa del convenio arbitral, en el artículo 11º, estableciendo también el dispositivo de renuncia tácita al mismo. Porque, en efecto, el convenio arbitral no siempre despliega esta vertiente de su eficacia de una forma automática, sino que existen dos posibilidades, una de hacerla valer y otra de destruir su eficacia, siempre ante el juez estatal. En ambos casos, la resolución del asunto depende del comportamiento de las partes o, más bien, de la realización de actos con eficacia procesal. De todas formas, ninguna legislación sobre arbitraje interno o internacional establece un efecto negativo reconocido de oficio por el juez estatal, de forma que el convenio arbitral

debe ser siempre alegado a instancia de parte. Precisamente la ausencia de alegación por las partes de la existencia de un convenio arbitral válido es lo que se conoce como la renuncia tácita al mismo (artículo 11.2 L.A.).

De forma sumaria, las posibilidades de hacer valer el convenio arbitral en un procedimiento son las siguientes. Por una parte, puede comenzar un procedimiento judicial en incumplimiento del convenio arbitral pactado antes de surgir la controversia. En este caso, la parte que no ha comenzado el procedimiento puede hacer valer el convenio arbitral ante el juez estatal que, en cumplimiento de lo previsto en las disposiciones convencionales citadas (o de las previsiones de la L.A., si el hecho de comenzar en España hace pensar al juez que tal arbitraje es interno), remitir a las partes al arbitraje, a no ser que compruebe que el convenio es nulo, ineficaz o inaplicable. En cualquier caso, los preceptos convencionales, hasta en enunciados más complejos que el del texto neoyorquino, terminan por dejar a la legislación de cada Estado la competencia en la regulación procesal (y meramente adjetiva) de esta oposición al procedimiento judicial comenzado en incumplimiento del convenio arbitral. De forma que la eficacia misma del convenio viene recogida, para el arbitraje internacional en las normas convencionales, pero la concreta forma de hacer valer tal eficacia en el procedimiento comenzado ante el juez estatal, es materia regulada en las normas procesales de ese Estado, en cumplimiento del aforismo *lex fori regit processum*.

En España, tal oposición se sustancia como una excepción procesal de fondo,

una declinatoria del artículo 63º LEC 2000), que exige, de ser aceptada, que el juez se abstenga de conocer, liberando al demandado que la opone de la obligación de contestar en cuanto al fondo. Se debe interponer dentro del tiempo que se concede al demandado para contestar y por tal modalidad incide directamente en el dispositivo de la renuncia tácita al convenio arbitral previsto en el artículo 11.2 L.A. En efecto, las partes pueden renunciar al convenio arbitral pactado y se entiende que lo hacen cuando “interpuesta la demanda por cualquiera de ellas, el demandado o demandados realicen, después de personados en juicio, cualquier actividad procesal que no sea la de proponer en forma la oportuna excepción”. La práctica forense española, en este sentido, ha interpretado el comportamiento de las partes de una forma extraordinariamente rígida, de manera que la contestación a la demanda en cuanto al fondo, suponía renuncia tácita al convenio pactado. Dicha técnica, que es necesaria, pues todo lo que se pacta se puede renunciar de común acuerdo, se encuentra entonces extendida fuera de los límites que le son propios, desde el momento en que la parte que se

opone en el declarativo de menor cuantía, ver probablemente vaciado de eficacia procesal el convenio arbitral que intenta hacer valer. La solución es tan sencilla como entender que la contestación a la demanda en la que se plantea una excepción no cae dentro del supuesto del artículo 11.2 L.A., pero la jurisprudencia, como muestra la sent. T.S. de 18 de febrero de 1993, parece no estar de acuerdo en facilitar el acceso de las partes al arbitraje.

En todos los casos, el juez debe pronunciarse sobre la suspensión del procedimiento comenzado y enviar a las partes al arbitraje pactado, decisión que se adopta mediante auto y que, incluso si la excepción se alega contestando, debe recaer antes de entrar en el conocimiento del fondo del asunto. Como demuestra el panorama expuesto, es necesario tomar algunas precauciones para hacer valer efectivamente un convenio de arbitraje, aunque un correcto uso de las normas convencionales y procesales no deben producir otro efecto que el de permitir a las partes la resolución de sus controversias mediante el juicio de árbitros.

EL CONVENIO ARBITRAL: SU CONTROL JUDICIAL EN EL PROCESO ESPAÑOL DE ARBITRAJE

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-MONTES (*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *Presupuestos formales del convenio arbitral.* 2.1. *De las partes.* 2.2. *Del objeto del convenio.* 2.3. *De la forma.* 3. *Competencia de los árbitros, renuncia tácita a las facultades de impugnación y convenio arbitral.* 4. *El control judicial del convenio arbitral: concreción de situaciones y propuestas de solución.* 4.1. *Valoración del convenio arbitral a efectos de la declinatoria.* 4.2. *Valoración del convenio arbitral en el nombramiento judicial de árbitros.* 4.3. *Valoración del convenio arbitral en la ejecución del laudo.* 4.4. *Valoración del convenio arbitral en la anulación del laudo.* 4.5. *Valoración del convenio arbitral en el exequátur del laudo.*

1. INTRODUCCIÓN

El título de este trabajo puede inducir a error en una primera y superficial visión del mismo. Efectivamente, el convenio arbitral es aquel instrumento en virtud del cual dos partes se someten al arbitraje, es decir, por medio del cual personas físicas o jurídicas, deciden someter una determinada controversia sobre materias de libre disposición conforme a derecho, a la decisión de uno o más árbitros, excluyendo del conocimiento del asunto a los órganos jurisdiccionales y teniendo

la decisión adoptada fuerza ejecutiva pasando en autoridad de cosa juzgada.

Por eso el convenio arbitral ha sido definido por la ZPO alemana (& 1.029) como: “un contrato o un pacto contractual sobre la base del cual las partes someten a arbitraje todas o determinadas disputas surgidas o que puedan surgir entre ambas en conexión con una relación jurídica, ya sea contractual o de otra naturaleza”¹.

Es pues un elemento que instrumentaliza la voluntad de las partes de acudir a un medio extrajudicial de

(*) Socio de Cremades & Calvo-Sotelo, Madrid. Profesor Titular de Derecho Procesal y Arbitraje de la Universidad Rey Juan Carlos.

¹ VON SCHLABRENDORFF. “El régimen jurídico del arbitraje en Alemania”, *Anuario de Justicia Alternativa* N° 4/2003, p. 118. En parecidos términos, la Ley General Peruana: cfr. MATHEUS LÓPEZ, C. “Tratamiento del convenio arbitral en el derecho de arbitraje peruano”, *Anuario de Justicia Alternativa* N° 7/2006, p. 133, nota 8.

resolución de conflictos pero con idénticos efectos, en su decisión, a la de una sentencia judicial. Por tanto, para que el arbitraje tenga razón de ser, la intervención judicial en el procedimiento arbitral debe ser entendida en términos restrictivos o, al menos, absolutamente tasados.

En el ordenamiento español, ya establece la LA 60/2003 de 23 de diciembre, que uno de los principios que debe regir en el procedimiento arbitral es el principio de intervención mínima de los órganos jurisdiccionales en el arbitraje recogido en el art. 7 LA. Cuando hablo de este principio no me estoy refiriendo a los que podríamos denominar como principios jurídico-naturales del procedimiento arbitral: igualdad, audiencia, contradicción y confidencialidad que se encuentran regulados expresamente, tras la LA/2003, en el art. 24 LA, sino más bien, a aquel principio genérico que debe primar en el arbitraje consistente en limitar la intervención de los órganos jurisdiccionales. Si no lo entendiéramos así llegaríamos sin duda a desvirtuar el arbitraje como medio alternativo a la jurisdicción pues nunca se produciría una escisión entre ambos y tanto el procedimiento arbitral como la decisión final del mismo estarían siempre supeditados a la última palabra en el ámbito judicial.

Así las cosas, lo que debe buscarse es un absoluto equilibrio entre la autonomía

de la voluntad de las partes por la que deciden acudir al arbitraje y la necesaria, u oportuna a veces, intervención de la jurisdicción en el arbitraje sobre la base, claro está, del citado principio de intervención mínima.

Partiendo de la consideración anterior, el procedimiento arbitral español debe estar sujeto a cierto control por parte de los órganos jurisdiccionales, la razón básica radica en los efectos que desprende el laudo arbitral como resolución que pone fin a la controversia. Efectivamente, son la fuerza ejecutiva y la autoridad de cosa juzgada que adquiere el mismo, los efectos que inducen a proponer y establecer mecanismos de control de aquello que ha acontecido en el arbitraje.

Si el arbitraje es un equivalente jurisdiccional según nuestro TC², no podemos negar que se produce una absoluta equiparación entre el proceso judicial y el proceso arbitral, mejor dicho, en materias disponibles para las partes de naturaleza civil y mercantil, no cabe duda de que las partes en conflicto tienen la opción de elegir entre acudir a la jurisdicción o al arbitraje para dirimir sus disputas, en la seguridad de que, en ambos casos, obtendrán una resolución que será título ejecutivo que permitirá el despacho de la ejecución y que impedirá que ese mismo objeto procesal entre esas mismas partes y por esa misma causa de pedir, pueda volver a ser enjuiciado con

² Entre otras, SSTC 43/1998 o 62/1991. En este sentido, MERINO MERCHAN ha señalado que: "(...) El árbitro no despliega en su función un mandato jurisdiccional sino que el laudo dictado por él produce un efecto de equivalencia jurisdiccional.... Es decir, el árbitro no forma parte institucional del Estado ni el arbitraje es en sí mismo una función u órgano de los poderes del Estado". AA.VV. *Curso de Derecho Arbitral* (Dir. MERINO MERCHAN, J.F.). Valencia. 2009, p. 27.

posterioridad ante otro juzgado o tribunal arbitral distinto.

Por consiguiente, atendiendo a los efectos procesales que provoca el laudo arbitral, la necesidad de un control judicial de aquello que acontece en el arbitraje se presenta como un modelo absolutamente necesario. Hoy día, en el ámbito español, la interrelación entre arbitraje y jurisdicción es absolutamente visible, existe una clara sintonía entre ambos que ha venido mejorando desde las precedentes leyes de arbitraje, tanto de 1953 como de 1988, hasta llegar a la situación presente.

Hasta el momento, sin embargo, hemos hablado de control judicial del arbitraje pero habría que distinguir esos supuestos de los casos de asistencia o apoyo judicial al arbitraje. En este segundo caso, la intervención judicial no es absolutamente necesaria sino que constituye un recurso plausible para las partes o los árbitros en orden a conseguir un determinado extremo en el arbitraje: nombramiento de árbitros, asistencia judicial en materia de prueba, medidas cautelares, entre otras.

En conclusión, rigiendo en el arbitraje el principio de intervención mínima de los órganos jurisdiccionales, el recurso a éstos con ocasión del arbitraje resultará absolutamente necesario (para hacer valer la cláusula arbitral a través de la declinatoria, para la ejecución y la impugnación del laudo y para el *exequátur* de laudos extranjeros), mientras que en otros, se acudirá a ellos en apoyo de una actuación arbitral y con carácter absolutamente facultativo tanto para los árbitros como para las partes.

Centrándonos ya en el tema que nos ocupa, son cuatro los instantes en que un órgano judicial deberá valorar el convenio arbitral de cara a una actuación de apoyo o control judicial del arbitraje: para el nombramiento de árbitros, para la ejecución, impugnación y *exequátur* del laudo.

En esta obra, tras prestar una breve atención a los presupuestos formales del convenio arbitral y los efectos que desprende, procederemos a observar hasta qué punto pueden llegar las facultades que ofrece la LA a los órganos judiciales para analizar el convenio arbitral cuando debe valorar su existencia y validez de cara a provocar la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje por medio de la declinatoria, nombrar judicialmente a un árbitro, a despachar ejecución frente al laudo, impugnarlo o solicitar su homologación a través del procedimiento de *exequátur*.

2. PRESUPUESTOS FORMALES DEL CONVENIO ARBITRAL

No pretendemos desde estas líneas hacer un análisis exhaustivo de cuantas cuestiones puede suscitar el convenio arbitral desde el punto de vista formal, tan solo hacer una primera aproximación que nos permita *a posteriori* entrar en el núcleo central de este trabajo de investigación, esto es, el alcance que debe tener el control judicial del convenio arbitral en momentos puntuales en el que éste se requiere como el nombramiento de árbitros y la ejecución e impugnación del laudo.

De la validez y existencia del convenio arbitral depende la propia existencia del arbitraje. Si el convenio ratificado por las partes adolece de algún

tipo de vicio que lo haga inexistente o nulo no podrá desplegar aquella eficacia para la que fue suscrito, es decir, que la controversia sea resuelta por uno o varios árbitros, en el marco de un arbitraje *ad hoc* o institucional, con exclusión de su conocimiento por parte de los órganos jurisdiccionales.

Para llegar a delimitar en qué términos puede pronunciarse un órgano jurisdiccional a propósito de un arbitraje se requiere que, con carácter previo, se pongan de manifiesto el conjunto de presupuestos formales que deberá contener este instrumento para la sumisión al arbitraje así como establecer cuál debe ser su contenido.

Sabemos que el convenio debe cumplir una serie de requisitos para que pueda permitir a las partes someter la controversia a arbitraje excluyendo a la Jurisdicción del conocimiento de ese asunto. Los requisitos formales y de fondo del convenio arbitral debemos deducirlos tanto de las normas civiles sustantivas relativas a los contratos (principalmente los arts. 1261 y ss. CC) como de la propia LA que afortunadamente ha reconducido la situación anterior (LA 1988) y ha recogido en el art. 9 LA cuáles deben ser los requisitos para la formalización del convenio arbitral.

Ya de inicio debemos resaltar el intento del legislador arbitral de relajar

los presupuestos formales que se habían venido exigiendo con antelación respecto al convenio arbitral –LA 1988– y, sobre todo, a la necesidad de que conste por escrito. Con la nueva regulación, la constancia por escrito puede ser deducida, como tendremos oportunidad de ver, de un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo (art. 9.3 LA). Además, 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 (art. 9.3.II LA). Se da paso por tanto al uso de las nuevas tecnologías no sólo en la conformación del propio convenio sino en todas las fases del procedimiento arbitral, permitiéndose incluso el desarrollo completo del arbitraje on-line³.

Debido a la naturaleza contractual del origen del convenio, parece claro que éste deberá respetar los presupuestos propios de todo contrato –consentimiento, objeto y causa–⁴.

2.1. De las partes

Los contratos –también el convenio arbitral– son firmados por las partes –ya sean personas físicas o jurídicas–. En virtud de la prestación de su consentimiento se obligan a lo estipulado en el contrato. Para que ese consentimiento sea válido es

³ Sobre este tipo de arbitraje vid. PÉREZ-UGENA COROMINA, M. “Arbitraje Telemático”. En: AA.VV. *Curso de Derecho Arbitral*, cit., pp. 385-396.

⁴ Respecto al objeto y contenido del convenio arbitral, queda claro que no podrá versar sobre materias que no sean disponibles para las partes, es decir, materias que se refieran en exclusiva a intereses de carácter privado sobre los que quepa disposición, SAP Alicante de 6 de marzo de 2006 (Secc. 6ª).

necesario que las partes tengan la capacidad suficiente para poder suscribirlo y, además, no concurra ninguna causa que de alguna manera vicie dicho consentimiento.

Así pues, las partes que suscriben un convenio arbitral deben tener capacidad suficiente para formalizar el negocio jurídico y, esto será así, cuando ostenten la aptitud necesaria para llevar a término actos jurídicos.

Pero además de esta capacidad para el libre ejercicio de sus derechos civiles, sinónima a la denominada capacidad de obrar, debe existir en las partes una capacidad de disposición sobre lo que sea objeto del contrato y del *versus* convenio arbitral. En nuestro caso, si la materia es de aquéllas respecto de las cuales el artículo 2.1 LA no permiten una libre disposición por no tener el carácter de disponibles (las de relevancia penal, las relativas a la filiación, aquellas en las que tenga que intervenir el Ministerio Fiscal en protección de alguna de las partes del proceso, entre otras), con independencia de que la capacidad general de las partes esté intacta, el convenio no podrá ser suscrito o, mejor dicho, caso de haberlo sido, podrá ser impugnada su inexistencia por la vía del artículo 41.1.a) LA.

Más aún, si teniendo plena capacidad las partes para llevar a término el convenio

arbitral y siendo la materia perfectamente disponible, para que éste pueda existir o mantener su validez, será necesario que las partes hayan prestado su consentimiento de forma libre, sin coacciones, sin que haya mediado, error, dolo, intimidación o cualquier otro vicio en el consentimiento que haga éste ineficaz. Cuando alguna de estas circunstancias haya tenido lugar, el convenio arbitral será igualmente inexistente y por tanto nulo.

En aquellos supuestos donde se haya producido un apoderamiento a favor de un tercero para la realización de ciertas actuaciones, habrá que observar la extensión y límites de dicho poder para determinar si el apoderado está capacitado o no para someter a arbitraje una determinada relación jurídica.

En nuestra opinión, debe exigirse en estos casos un poder especial y expreso para dicho sometimiento, de lo contrario podría ser alegada la nulidad del convenio arbitral por no tener la parte la capacidad necesaria para someter la cuestión litigiosa a arbitraje⁵.

De lo que no cabe duda, es que las partes han de prestar su consentimiento para someterse a arbitraje de manera expresa e inequívoca⁶ –si mantenemos la terminología del anterior art. 5 LA/1988–. De no ser clara la intención de las partes de

⁵ En parecidos términos se pronuncia la SAP de Madrid de 16 de enero de 2006 y que ratifica LORCA NAVARRETE, A.M., en su comentario a la SAP de Madrid de 16 de enero de 2006, *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, núm. 1, Enero 2007, p. 128.

⁶ Así lo ha señalado la SAP de Madrid núm. 585/2005 de 29 de julio: “El convenio arbitral no ha de aparecer plasmado materialmente en un concierto otorgado con unidad de acto y firma conjunta de ambas partes, sino que tan sólo requiere la constancia de la voluntad común e inequívoca de una y otra de someter la solución de controversias que se susciten a la decisión arbitral que se comprometen a aceptar”.

querer someterse a un tercero distinto de un órgano jurisdiccional para la resolución del conflicto, el convenio arbitral no podrá desplegar eficacia alguna.

Y eso es precisamente lo que ocurre en determinados supuestos en los que las partes, en el clausulado de un contrato, o incluso, en la misma cláusula arbitral, realizan sumisiones indistintas a la Jurisdicción y al arbitraje. El problema es aún mayor cuando no existe diferencia alguna entre los motivos que pudieran provocar acudir a la Jurisdicción a resolver la controversia o aquéllos que lo podrían ser respecto a un procedimiento arbitral.

Nos referimos a sumisiones a un determinado fuero jurisdiccional o a un concreto arbitraje para cualquier conflicto que pudiera surgir en relación con la interpretación o cumplimiento de las obligaciones y derechos contenidos en un determinado contrato.

Estas dobles sumisiones contradictorias e incompatibles entre sí son, si cabe, más confusas cuando existe una casi absoluta identidad entre las materias recogidas en los distintos párrafos que someten al arbitraje y a la Jurisdicción, lo que motiva que al día de hoy sea imposible inferir de la redacción del contrato que las partes tuvieran la voluntad inequívoca de someter a arbitraje sus discrepancias.

En estos casos, el recurso a la Jurisdicción no se realiza ante supuestos en los que el arbitraje no sea posible o para

todo aquello ajeno al arbitraje, es más, ni siquiera cuando se haya renunciado voluntariamente a éste, sino que las partes realizan una sumisión indistinta a un órgano jurisdiccional y a un arbitraje *ad hoc* o institucional⁷.

Esta conclusión es corroborada por la doctrina emanada por las resoluciones de las Audiencias Provinciales como por ejemplo el Auto de 6 de junio de 2001 dictado en Recurso de Apelación núm. 1030/1999 Audiencia Provincial de Madrid (Sección 11ª) del que fue Ponente el Ilmo. Sr. Santiago García Fernández, en Aranzadi Civil núm. 2001/1602 que en sus Fundamentos Tercero y Cuarto declara:

“Tercero. Partiendo de su examen literal –de la cláusula contractual que somete a la Jurisdicción y al arbitraje en un contrato de ejecución de obra– se desprende que la verdadera intención de las partes, fue la voluntad, caso de surgir un problema en la ejecución de la obra, de acudir a determinadas personas para su solución, y para el caso de defecto, se prevé un arbitraje de no alcanzarse acuerdo, pactando una sumisión expresa a los Juzgados y Tribunales de Madrid.

Por tanto se incumple uno de los requisitos esenciales que caracteriza a todo arbitraje; y es la voluntad inequívoca y expresa de compeler a su formalización.

Cuarto. Así las cosas, no se deduce una verdadera cláusula compromisoria... Es decir, los árbitros no desconocen que la citada cláusula contiene una contradicción evidente, y pese a denunciarse oportunamente su falta

⁷ Esta es la interpretación que realiza el TS en el Fundamento de Derecho segundo de la Sentencia núm. 1042/1999 TS dictada en Recurso de Casación núm. 864/1995 de la que fue ponente Excmo. Sr. D. Javier O'Callaghan Muñoz, Repertorio de Aranzadi núm. 1999/9018.

de competencia previa, por la hoy impugnante, atribuye a un error o defectuosa formalización la cláusula, pero que, al haberse contestado, implica su sometimiento a su decisión arbitral en equidad. Criterio que no comparte el Tribunal. Una cosa es que se infiera la voluntad de someterse a arbitraje, y otra que, existiendo dudas, siendo oscura y farragosa, evidenciándose contradicción, y lo que es más significativo, denunciando la falta de voluntad de someterse a arbitraje desde un primer momento una vez planteado ante la Corte”.

En el mismo sentido pueden observarse las SAP de La Coruña de 22 de febrero de 2002 y la SAP de Zaragoza de 4 de julio de 2002 (Aranzadi 2002/227126).

Finalmente, que la sumisión a arbitraje sea no solo inequívoca sino también indiscutible puede ser considerada como una exigencia constitucional y en el caso de ser infringida podría dar lugar a una vulneración de un derecho fundamental, en concreto, a la tutela judicial efectiva⁸.

No caben doubles cláusulas a la Jurisdicción y al arbitraje⁹, cuando las partes firman un contrato deben saber a

qué atenerse cuando surja un determinado conflicto. La cláusula arbitral es independiente de la del contrato principal, lo que permite hacer nula dicha cláusula sin que afecte al clausulado principal¹⁰.

2.2. Del objeto del convenio

La exigencia de un objeto cierto viene ya derivada del artículo 1261 CC. Para que el contrato pueda surtir efecto entre las partes será necesario que éstas tengan capacidad para suscribirlo y que se determine con precisión aquello que contiene el acuerdo o aquello que determina el convenio arbitral.

El artículo 2.1 LA señala que son materias objeto de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Utilizando la terminología clásica en el arbitraje se resuelven conflictos surgidos o que puedan surgir en el futuro respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no, sobre materias de libre disposición conforme a Derecho.

Si nos ajustamos a este precepto, la LA permite que las partes puedan

⁸ En este sentido, SAP de Barcelona de 10 de mayo de 1996 (Sección 15ª), en Aranzadi núm. 1996/874 que señala lo siguiente: “Esta exigencia de declaración, además de expresa e inequívoca, en el sentido de que no admita duda o equivocación y su significado se indiscutible, es la consecuencia de que, a medio del arbitraje, las partes renuncian a un Derecho Fundamental, cual es obtener con plenitud la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales –artículo 24 CE (RCL/1978/2836 y ApNDL 2875)– al impedir a éstos el conocimiento de las cuestiones litigiosas, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante la oportuna excepción –artículo 11 LA 1988, de 5 diciembre–”.

⁹ Las siguientes resoluciones dictadas por Audiencias Provinciales se decantan finalmente por la jurisdicción al no ser lo suficientemente clara la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje: SAP (La Coruña) de 22 de febrero de 2002, SAP de Zaragoza de 10 de mayo de 1996, o en el Auto AP de Madrid de 6 de junio de 2001.

¹⁰ Para observar un análisis exhaustivo respecto de las relaciones entre arbitraje y Jurisdicción vid. BERNARDO SAN JOSÉ. A. *Arbitraje y Jurisdicción*, Comares. Granada, 2002.

someter a arbitraje cualquier conflicto ya surgido, pero también, otras controversias que puedan surgir en el futuro. Esta opción es perfectamente válida para la conformación del convenio arbitral, sin embargo, si nos centramos en la acción de anulación del laudo, el convenio no podrá ser declarado nulo hasta que el conflicto en sí haya surgido, pues si no ha surgido no cabe que la parte pueda hacer reclamación alguna aunque la LA permita en abstracto la inclusión en el convenio arbitral de controversias futuras que pudieran surgir.

Como ha señalado también HINOJOSA SEGOVIA, la controversia puede haber quedado extinguida mediante sentencia judicial firme o por “cosa arbitrada”¹¹. Es decir, no se puede someter a arbitraje a través de un convenio arbitral objetos litigiosos que ya han sido resueltos previamente bien por la vía judicial, bien por la vía arbitral. Será entonces necesario examinar si se dan las identidades propias de la acción (sujetos, *petitum* y causa de pedir) para determinar cuándo dos objetos litigiosos son iguales o no a estos efectos.

En sentido inverso, tampoco podrá someterse a arbitraje aquel objeto procesal que ya se esté sustanciando ante la jurisdicción ordinaria y donde ya se haya presentado la contestación a la demanda¹². Dicho de otro modo, no cabe alegar en el proceso jurisdiccional la excepción de litispendencia relacionada

con el arbitraje, pues si lo que en verdad quiso el demandado es hacer valer el convenio arbitral, siguiendo la legislación procesal española, lo que tuvo que hacer es impugnar la falta de sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje a través de la interposición de la declinatoria en los diez primeros días de los veinte concedidos al demandado para contestar a la demanda. De tal forma que si no la interpone en ese preclusivo plazo no podrá ya discutir sobre la sumisión a arbitraje de ese objeto procesal, ni siquiera con la alegación de la excepción de litispendencia en la contestación a la demanda, ya que este actuar implicará que se ha sometido tácitamente a la jurisdicción, excluyendo el arbitraje, por haber realizado una gestión distinta –contestar a la demanda– de la interponer en tiempo y forma la declinatoria (artículo 56.2 LEC)

En el tráfico comercial tanto nacional como internacional, puede ser muy habitual la existencia de una pluralidad de relaciones comerciales y, por tanto, jurídicas entre dos partes. De ahí que si el convenio arbitral pretende someter un determinado objeto a arbitraje deberá determinar qué concreta relación jurídica es la que se somete. Por consiguiente, sería nulo todo convenio que no identificara la relación jurídica concreta sometida a arbitraje o que hiciera una sumisión genérica a cualquier tipo de controversia de toda clase que pudiera surgir entre dos partes.

¹¹ AA.VV. *Comentario a la Ley de Arbitraje* (Coords. DE MARTÍN MUÑOZ y HIERRO ANIBARRO). Madrid, 2006, p. 521.

¹² En el caso del juicio verbal, no podrá someterse a arbitraje aquel objeto sustanciado en el ámbito judicial cuando este tipo de proceso han transcurrido los 5 días primeros de la citación para la vista, plazo establecido para interponer la declinatoria en el mismo (artículo 64.1 LEC).

2.3. De la forma

Cierto es que se desprende un marcado carácter antiformalista en el articulado de la LA. Prueba de esto lo constituyen las variaciones que han operado respecto de las exigencias formales para la conformación del convenio arbitral a propósito de la LA/2003 frente a sus antecesoras amén de algunas otras alteraciones de forma. Pero se trata de reformas preceptivas para dar entrada al uso de las nuevas tecnologías en el ámbito del proceso arbitral en donde se han venido utilizando por su admisión jurisprudencial desde el año 1988 hasta el 2003 pero que ahora se reconoce explícitamente su posible utilización.

En primer lugar, el convenio arbitral ya no debe haber quedado plasmado por escrito sino que basta deducirlo de un intercambio de cartas o telegramas; intercambio de los escritos de demanda y contestación o cuando conste en un documento accesible para ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo. Asimismo, es indiferente que el convenio forme parte de un contrato principal como una más de sus cláusulas, se haya acudido a él por referencia en otro documento contractual o forme parte de un contrato de adhesión.

Y en segundo lugar, ha desaparecido ya con la nueva regulación la referencia

que la anterior Ley hacía respecto de la necesidad de que las partes manifestaran expresamente su voluntad inequívoca de cumplir el laudo. Bastará con que las partes hayan manifestado –por cualquiera de las formas ahora admitidas– su voluntad de someter el conflicto a arbitraje¹³. Ya hemos apuntado no obstante, algunos de los defectos que comporta la ratificación de un convenio arbitral confuso o donde la voluntad de las partes no sea manifestada de forma inequívoca.

El convenio es fuente de numerosas controversias pues del mismo depende que finalmente se acuda al arbitraje como medio de solución extrajudicial de conflictos o que no llegue a iniciarse proceso arbitral alguno. Su importancia es por tanto vital y de su correcta conformación dependerá todo el devenir arbitral. Esta es la razón por la que se ha de ser muy cuidadoso a la hora de decidir qué elementos o contenido debe llevar aparejado el convenio arbitral.

Se ha hablado del contenido obligatorio y facultativo del convenio arbitral¹⁴. En el primer caso, son tres los puntos indispensables para que exista el convenio y pueda producir sus efectos: voluntad de las partes de someterse a arbitraje; que verse sobre materias surgidas o que puedan surgir en el futuro; dichas controversias han de estar referidas a una determinada relación jurídica contractual o no contractual. Y dentro del

¹³ En este sentido, HINOJOSA SEGOVIA, R., ha distinguido entre la voluntad real y la declarada de las partes, si la real fuera la de no someterse a arbitraje, el convenio será, asimismo inexistente; finalmente, si no se hubiera expresado en el convenio la voluntad de someterse a arbitraje, será nulo por falta de un requisito de forma esencial, en AA.VV. *Comentario a la Ley de Arbitraje* (Coords. DE MARTÍN MUÑOZ y HIERRO ANIBARRO), cit., p. 524.

¹⁴ MONTES REYES, A. "El convenio arbitral". AA.VV. *Estudios sobre arbitraje: los temas clave*, Madrid, 2008, pp. 23-69.

contenido facultativo: las partes podrán fijar libremente el número de árbitros (artículo 12 LA); las partes pueden encomendar la administración del arbitraje y la designación de los árbitros a Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales o a Asociaciones sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales (artículo 14 LA); pueden acordar el procedimiento para la designación de los árbitros (artículo 16 LA); pueden establecer el procedimiento para la recusación de los árbitros (artículo 18 LA); las partes pueden privar a los árbitros de la posibilidad de adopción de medidas cautelares (artículo 23.1 LA); las partes pueden convenir libremente el procedimiento a que se hayan de ajustar los árbitros (artículos 26 a 32 LA); decidir si el arbitraje ha de ser de derecho o de equidad (artículo 34 LA); por último la Ley señala el plazo, forma y contenido del laudo en defecto también de que las parte no hayan dispuesto otra cosa.

Dependiendo de si el arbitraje es *ad hoc* o institucional habrá que evitar la inclusión en el convenio de las que han sido denominadas cláusulas patológicas del convenio arbitral¹⁵. Como ha señalado FERNÁNDEZ ROZAS: “nos encontramos con una cláusula patológica cuando incluya una expresión equívoca de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje, acerca de la identificación de la institución arbitral competente o respecto de la auténtica renuncia a la jurisdicción estatal”¹⁶.

Y es que, el contenido del convenio arbitral puede generar importantes controversias si, por ejemplo, no determina de forma clara la exclusión de los tribunales ordinarios del conocimiento del asunto o cuando la voluntad de las partes que refleja el propio convenio no es lo suficientemente clara y expresiva de dicha voluntad provocando dudas en cuanto a su aplicación. En el mismo sentido, aquellos convenios arbitrales que pretenden ser absolutamente exhaustivos en su contenido regulando no sólo la voluntad de acudir a este medio de resolución así como el tipo de arbitraje sino también cualquier aspecto relacionado con el procedimiento: desde nombramiento de los árbitros, plazos, audiencias, oralidad, escritura, cualificaciones de éstos, el procedimiento para su abstención y recusación, clases de medios de prueba admisibles, medidas cautelares, la exclusión de la potestad arbitral para adoptar medidas cautelares, etc. En definitiva, una concreción demasiado extensa del contenido del convenio va a inducir a confusión en lugar de clarificar aspectos del arbitraje, en gran parte de las ocasiones conviene que la cláusula se limite a ilustrar de forma clara la voluntad de las partes con la fijación al mismo tiempo del tipo de arbitraje y, en caso de ser institucional, la elección sin ambages de la institución administradora del mismo, el número y forma de nombramiento de los árbitros, así como de la controversia jurídica que se

¹⁵ Vid. EISEMANN, F. “La clause d'arbitrage pathologique”. *Essais in Memoriam de Eugenio Minoli*, Turín, 1974, pp. 120 ss.; MALEVILLE, M.H. “Pathologies des clauses compromissaires”. *RDAL/IBLJ*, N° 1, 2000, pp. 61-83.

¹⁶ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. “Le rôle des juridictions étatiques devant l'arbitrage commercial international”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 290, 2001, pp. 116 y ss.

somete a arbitraje, huyendo de precisiones más absolutas que podrán provocar mayores posibilidades de reproche de cara a solicitudes de anulación del laudo.

Como solución alternativa puede contener el convenio arbitral una remisión al reglamento de una determinada institución arbitral sin la necesidad de que haya un sometimiento expreso a dicha institución y sí al contrario al arbitraje *ad hoc*. Conseguimos así que todos los extremos del arbitraje aparezcan reflejados de manera concisa y clara en el Reglamento de la institución arbitral aunque finalmente las partes hayan procedido al nombramiento de árbitros para que el arbitraje se desarrolle como un arbitraje *ad hoc* y por consiguiente, sólo haya existido una sumisión a su Reglamento y no a la institución arbitral.

3. COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS, RENUNCIA TÁCITA A LAS FACULTADES DE IMPUGNACIÓN Y CONVENIO ARBITRAL

La Ley de Arbitraje española regula en el art. 22 la potestad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia y en el art. 6 la renuncia tácita a las facultades de impugnación. Es decir, por un lado establece el legislador que los árbitros tienen competencia para decidir sobre su propia competencia –regla kompetenz/kompetenz– así como para resolver sobre las excepciones que le sean propuestas, sobre la existencia o validez del convenio arbitral o sobre cualquier otra cuestión que de ser estimada impida entrar en el fondo de la controversia. Y de otro lado, viene a sanar cualquier infracción que se produzca

en el procedimiento arbitral siempre que se trate de normas de naturaleza dispositiva por considerar que la parte que conociendo la infracción no la denunció oportunamente, renuncia a la facultad de su impugnación posterior.

Ambos preceptos hacen referencia expresa al convenio arbitral. Se atribuye a los árbitros la facultad para valorar en primer término el convenio arbitral, para valorar si cumple con los requisitos de forma y contenido que hemos venido desarrollando en los puntos anteriores, en definitiva, para decidir si el convenio arbitral existe y es válido (artículo 22 LA). Por otra parte, en aplicación del art. 6 LA, cualquier infracción de un presupuesto del convenio arbitral que no haya sido impugnado por la parte aún conociendo su concurrencia, provoca que el convenio quede sanado y sea considerado válido siempre que la infracción que afecte al mismo pueda considerarse como de carácter dispositivo –no lo será por ejemplo un convenio suscrito sobre una materia no arbitrable–.

Observados estos dos preceptos llegamos a la conclusión de que son los árbitros los que en primer término realizarán una valoración acerca de la existencia o validez del convenio arbitral. Lo pueden hacer de oficio en cualquier momento del procedimiento siempre que aquel defecto que afecta al convenio sea de una norma imperativa porque a la postre daría lugar a un laudo que tiene su base en un convenio arbitral no existente o inválido lo que le abocaría a su anulación posterior, aunque lo normal es que se valore su validez y eficacia en un momento inicial del proceso.

Esto es, en aquellas materias que puedan considerarse como disponibles, los árbitros, antes de poder entrar de oficio a estimar la excepción de falta de competencia en el asunto, deben observar el contenido, no sólo de la demanda, sino también de la contestación pues las partes pueden haber corregido esta circunstancia por el cruce de demanda y contestación habilitando a los árbitros para decidir esa cuestión sin que éstos puedan aludir a la excepción de falta de competencia y no poder entrar así en el fondo del conflicto¹⁷.

Cuando los árbitros por hipótesis, no analicen de oficio su propia competencia para lo cual no están obligados en principio por el artículo 22 LA sino sólo facultados¹⁸, las partes podrán impugnar vía excepciones cualquier falta relacionada con el convenio arbitral, de igual manera podrán hacerlo con la competencia de los árbitros para entrar a resolver la controversia o cualquier otro defecto que impida entrar en el fondo del asunto.

Ahora bien, las partes sí que tienen limitado el momento oportuno para realizar estas alegaciones, como regla general se producirán con la contestación a la demanda, aunque caben dos excepciones: las relativas a la falta de competencia de los árbitros que podrán presentarse “*tan pronto como se planteen*” según el artículo

22.2 LA; y la segunda, que permite a los árbitros aceptar excepciones en momentos posteriores a la contestación siempre que se justifique su alegación extemporánea.

Igualmente los árbitros tienen la potestad en este caso de decidir sobre dichas impugnaciones con carácter previo o bien junto con las demás cuestiones planteadas respecto del fondo del asunto (artículo 22.3 LA).

La alegación de excepciones de cualquier naturaleza, incluidas las relativas al convenio arbitral, debiera tener una repercusión directa en las posibilidades de impugnación del laudo arbitral ¿Debemos exigir de las partes una la efectiva impugnación de cualquier excepción relacionada con el convenio arbitral durante la sustanciación del procedimiento arbitral o, por el contrario, es posible que obviando su impugnación en esa sede la infracción sea puesta de manifiesto en el momento de impugnar el laudo en anulación?

Nos referimos a si las excepciones no invocadas durante la tramitación del procedimiento arbitral pueden ser o no impugnadas durante el ejercicio de la acción de anulación. Esto es, si existe un a modo de preclusión a propósito de la impugnación de excepciones en el

¹⁷ En el mismo sentido se pronuncia GUZMÁN FLUJA, V. AA.VV. *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Dir. BARONA VILAR). Madrid, 2004, pp. 812-814.

¹⁸ En contra GUZMÁN FLUJA, V., para quien el control de oficio debiera haberse establecido con carácter obligatorio ya que “si se establece un control de oficio lo lógico es que se incluya un deber de hacerlo valer porque realmente de lo que se trata es de la existencia de un defecto que impide la decisión de la controversia, defecto que muchas veces determina la nulidad absoluta del arbitraje, como puede ser el que se trate de una materia no arbitrable, o de la propia nulidad del convenio que es la base de que el árbitro pueda decidir”. AA.VV. *Comentarios a la Ley de Arbitraje* (Dir. BARONA VILAR), cit., p. 812.

arbitraje similar al instituto que actúa en el proceso civil.

Hay que dar una respuesta que sea compatible con la aplicación de los artículos 22 y 6 LA. Así, la exigencia de alegación del vicio en el procedimiento arbitral relativo al convenio arbitral dependerá de si la infracción es de una norma dispositiva o imperativa. Los defectos subsanables, o la falta de competencia objetiva de los árbitros derivada del planteamiento de una controversia no comprendida en el convenio arbitral pero susceptible de ser resuelta mediante arbitraje, son defectos cuya denuncia previa en el procedimiento arbitral es necesaria para fundar una posterior acción de anulación; entendiéndose que no se planteó aquella cuestión en el procedimiento arbitral, queda sanada tácitamente por la voluntad de las partes, y, por tanto, constituye un obstáculo para la posterior impugnación ante los órganos jurisdiccionales¹⁹.

Esta interpretación se ha visto recogida en época más reciente en la SAP de Valladolid de 9 de febrero de 2006: “(...) las partes son dueñas del arbitraje en todos sus extremos y esa situación provoca que las mismas puedan consentir las infracciones que puedan existir a lo largo del arbitraje, de manera que si una parte conoce una infracción y no la denuncia a tiempo debe deducirse su voluntad intrínseca o tácita, extraída de los actos que lleva a cabo, de consentirla y ello, en definitiva, por aplicación de la doctrina de los actos propios que ha sido recogida

en innumerables sentencias del TS (por ejemplo, en 12 de julio de 1990, 5 de marzo de 1991 y 20 de mayo de 1993)”.

Se puede afirmar por tanto que el análisis del convenio arbitral ha de venir en primer término de los propios árbitros en aplicación del artículo 22 LA –si excluimos el estudio del convenio arbitral a través de la declinatoria por vía judicial al que luego nos referiremos–. Efectuado este análisis de oficio tras recibir la controversia y aceptar el encargo, las partes podrán oponerse a la aceptación que hayan realizado del convenio arbitral por la alegación de excepciones en el procedimiento arbitral. No obstante, todos aquellos defectos del convenio relativos a normas imperativas del mismo, hayan sido o no denunciados por las partes en el procedimiento, podrán ser impugnados en la acción de anulación del laudo. Aquí, serán los tribunales los que determinen si el convenio que dio origen al laudo que hoy se impugna pudo someter válidamente a las partes y desplegar eficacia. Para ello, deberá alegarse como motivo de impugnación el apartado a) del art. 41.1 LA relativo a que el convenio arbitral no existe o no es válido.

4. EL CONTROL JUDICIAL DEL CONVENIO ARBITRAL: CONCRECIÓN DE SITUACIONES Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN

Hasta el momento hemos podido observar que el arbitraje, se quiera o

¹⁹ En el mismo sentido, TAPIA FERNÁNDEZ, I. En: AA.VV. *Problemas actuales del proceso iberoamericano (XX Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal)*. Tomo I. Madrid. 2006, p. 263.

no, necesita de la jurisdicción bien sea en funciones de apoyo o asistencia al mismo, bien en aspectos relacionados con el control judicial del arbitraje. Llegados a este punto nos disponemos a analizar el aspecto más complejo y esencial de la presente obra.

Hay cinco supuestos principalmente donde un tribunal de carácter judicial deberá analizar, de una u otra forma, el convenio arbitral para decidir en relación con una situación de apoyo o control judicial del arbitraje: a) cuando una parte obviando la existencia del convenio arbitral decide acudir a los órganos jurisdiccionales en reclamación de su pretensión y la parte contraria intenta hacer valer la cláusula arbitral a través del uso de la declinatoria; b) cuando las partes, no poniéndose de acuerdo en el nombramiento del árbitro o árbitros llamados a resolver la controversia acuden a un órgano judicial en orden a ese nombramiento para evitar la paralización del arbitraje; c) Igualmente, cuando finalizado el proceso arbitral con un pronunciamiento de condena y ante el incumplimiento voluntario de la misma por el condenado, la parte contraria se ve necesitada de acudir a la ejecución forzosa del laudo; d) cuando terminado el procedimiento arbitral con el correspondiente laudo se impugna el mismo por medio de la acción de anulación; e) o, finalmente, cuando solicita el *exequátur* de un laudo arbitral extranjero para su reconocimiento y/o ejecución en nuestro país.

En estos casos, se da la paradoja de que todas las actuaciones antes citadas quedan a expensas de la valoración que realice sobre el convenio arbitral

el correspondiente Juzgado de Primera Instancia o de lo Mercantil con competencia objetiva y territorial. Creo que con un ejemplo podrá ilustrarse más adecuadamente cuanto comento: suponiendo que se haya finalizado un procedimiento arbitral con un laudo de condena y éste no sea cumplido por el obligado en el título ejecutivo, llevará al vencedor del arbitraje a instar la ejecución forzosa del laudo. Llegados a sede judicial, el Juzgado competente podría denegar el despacho de la ejecución amparándose en que el título ejecutivo adolece de algún vicio formal, en concreto, el relativo al convenio arbitral que fue suscrito con la infracción de alguno de los presupuestos comentados en líneas anteriores: vicio en el consentimiento, objeto no arbitrable o cualquier otro.

No cabe duda de que en este y otros supuestos, el análisis que realiza el órgano judicial del convenio arbitral influye directamente en el arbitraje ya que de estimar la falta de validez o existencia del convenio arbitral a los efectos del despacho de la ejecución –en el ejemplo planteado– podrá desvirtuar absolutamente el arbitraje toda vez que esa voluntad inequívoca que manifestaron las partes y todo el desarrollo del procedimiento arbitral han quedado sin valor y efecto pues ese laudo no puede ser ejecutado al haberse negado el despacho de la ejecución por un órgano judicial.

Por tanto ¿hasta dónde debe llegar el control judicial del laudo por el órgano judicial?

Para responder a este interrogante y con la finalidad de ser más didácticos en la exposición iré por partes:

4.1. Valoración del convenio arbitral a efectos de la declinatoria

Se trata en definitiva del estudio de los efectos del convenio arbitral que ahora recoge el artículo 11 LA. La ratificación de un convenio arbitral provoca un efecto positivo en virtud del cual las partes se obligan a cumplir lo estipulado. Asimismo, en cuanto al efecto negativo, las partes excluyen del conocimiento del asunto a los órganos jurisdiccionales respecto de las materias sometidas a arbitraje en el convenio arbitral. Así pues, si aún existiendo un convenio arbitral entre dos partes, surgido el conflicto, una de ellas acuden a un órgano judicial en reclamación de su pretensión, la parte contraria podrá impugnar la competencia de dicho tribunal por sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, impugnación que se realiza a través de la interposición de la declinatoria en la forma estipulada en los artículos 63 y ss. LEC.

Lo que ocurre es que esta excepción –sumisión a arbitraje– no se denuncia como el resto de excepciones procesales en el proceso civil ordinario en la contestación a la demanda sino que cualquier discusión acerca de la jurisdicción o competencia del tribunal o la relativa a la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje debe dilucidarse con carácter previo, en concreto, en los días primeros días de los veinte con que cuenta el demandado para la contestación a la demanda²⁰ (artículo 64.1 LEC).

Cuando el tribunal reciba el escrito de la declinatoria se verá obligado a examinar si el convenio arbitral que sirve de sustento y base para la sumisión al arbitraje es válido y existente y puede desplegar eficacia. De la decisión del Juzgado depende absolutamente que el arbitraje tenga lugar finalmente o no.

En este caso, la valoración que realice el tribunal del convenio debe producirse en toda su extensión, es decir, debe analizar en profundidad si el convenio cumple todos los presupuestos de forma y además si lo es sobre una materia arbitrable y que no conculque el orden público. Esta interpretación será diferente al analizar otros de los supuestos planteados previamente –nombramiento de árbitros o acción de anulación del laudo– pero es que aquí, en el supuesto de la declinatoria, el nombramiento de árbitros aún no se ha producido, estamos en un momento inicial del procedimiento arbitral donde no pueden llegar a desplegar eficacia los artículos 22 y 6 de la LA relativos a la competencia de los árbitros para analizar la validez y existencia del convenio y la renuncia tácita a las facultades de impugnación respectivamente.

El Juzgado estará en disposición de observar si la voluntad de las partes era clara en cuanto a la sumisión al arbitraje, si la materia era disponible, si el consentimiento, el objeto y la forma del contrato fueron correctos y si, en cualquier caso, violará o no el orden público el futuro

²⁰ O en los cinco días posteriores a la citación para la vista en el juicio verbal (artículo 64.1 LEC).

laudo que pudiera dictarse sobre la base de dicho convenio arbitral.

4.2. Valoración del convenio arbitral en el nombramiento judicial de árbitros

El apartado 5 del artículo 15 LA recoge el único supuesto por el que el tribunal puede negarse al nombramiento judicial de árbitros, sólo cuando aprecie que de los documentos aportados no resulte la existencia del convenio arbitral podrá rechazar tal petición²¹.

¿Hasta dónde debe llegar el control del órgano jurisdiccional sobre la existencia del convenio arbitral?

Sabemos el principio de intervención mínima que debe regir en el procedimiento arbitral —artículo 7 LA—, sin embargo, las facultades de intervención en este ámbito del Juez podrían ser demasiado considerables.

Cierta seguridad puede haber en el hecho de que el legislador haya previsto un recurso de apelación ante una negativa del tribunal al nombramiento de árbitros por este motivo, pero no deja ser contrario al espíritu del arbitraje el que una Audiencia Provincial determine si un convenio arbitral es válido o no para someter una cuestión litigiosa a arbitraje.

Si apreciamos la Exposición de Motivos de la LA, no es ésta la interpreta-

ción que el legislador ha querido dar a este tipo de exclusión: “El juez no está llamado en este procedimiento a realizar, ni de oficio ni a instancia de parte, un control de validez del convenio arbitral o una verificación de la arbitrabilidad de la controversia, lo que, de permitirse, ralentizaría indebidamente la designación y vaciaría de contenido la regla de que son los árbitros los llamados a pronunciarse, en primer término, sobre su competencia”²².

Es decir, lo que se pretende es que el juez al que se le solicite un nombramiento de árbitros cuando las partes no se han puesto de acuerdo en este extremo y para evitar la paralización del arbitraje, es que realice una valoración superficial sobre el convenio arbitral para, tras ella, decidir si contiene los presupuestos necesarios para vincular a las partes al arbitraje y proceder al nombramiento de árbitros.

Entendemos complicada este tipo de valoración sin entrar a analizar más profundamente el convenio arbitral y no *prima facie* como así parece desprenderse de la Exposición de Motivos. Pero es que además, se puede dar una paradoja de difícil solución porque el tribunal sólo puede pronunciarse sobre el convenio a los efectos del nombramiento de los árbitros y, en modo alguno, sobre la validez del mismo o la arbitrabilidad de la materia. Por tanto, puede ocurrir que siendo un convenio aparentemente válido para procurar el nombramiento de árbitros se haya suscrito

²¹ Nótese que la causa del rechazo es la inexistencia del convenio arbitral y no la ausencia de constancia de la voluntad inequívoca de las partes de someterse a arbitraje (artículo 42.1 LA/1988), luego la causa de rechazo ya no es la inexistencia de principio de prueba por escrito del convenio arbitral —según señalaba LORCA NAVARRETE, A.M^a. *Derecho de Arbitraje interno e internacional*. Madrid. 1989, p. 75—, sino un motivo más amplio.

²² Exp. Mot. IV.

sobre una materia inarbitrable lo que abriría la puerta a una futura anulación por el motivo c) del apartado 1 del art. 41 LA o, lo que es también probable, por el motivo f) del mismo precepto, es decir, por infracción del orden público.

Decíamos que se daba una paradoja de difícil solución porque la interpretación que permitiera al Juez –competente para el nombramiento de árbitros– entrar a valorar profundamente la existencia o validez del convenio arbitral para dicho nombramiento (incluyendo la arbitrabilidad de la materia en el contenido o la posible conculcación del orden público), estaría en contra del principio de intervención judicial mínima ya apuntado, que vaciaría de contenido la posibilidad de los árbitros ex art. 22 LA de apreciar su propia competencia.

Efectivamente así se pronuncia la SAP de Asturias (Secc. 7ª), (JUR/2008/356725) cuando señala que: “(...) una vez constatada la existencia del Convenio Arbitral, el Juez no puede desestimar la petición de nombramiento de árbitros, pues no está llamado a realizar un control de los requisitos de validez del Convenio, tal y como se justifica en la Exposición de Motivos de la LA 60/2003. (...), y es obvio que un juicio sobre una posible renuncia tácita a la sumisión a arbitraje exige una labor interpretativa sobre la validez y subsistencia del Convenio arbitral, que excede por completo de la comprobación que sólo “a prima facie” puede hacer el Juez, en este trámite, acerca de una posible inexistencia del Convenio, de tal forma que, comprobada su existencia, el Juez debe proceder al nombramiento de los árbitros, y serán ya entonces estos los que estarán facultados para decidir sobre las

excepciones relativas a la existencia o a la validez del Convenio o cualesquiera otras cuya estimación pueda impedir entrar en el fondo de la controversia, tal y como establece el art. 22.1 LA”.

Por eso, la solución que ofreceremos a similar problema cuando tratemos la ejecución forzosa del laudo arbitral será algo diferente ya que entonces, existirá una resolución que haya puesto fin al procedimiento arbitral y no podrá afirmarse que el artículo 22 LA o, incluso, el uso de excepciones por las partes en dicho procedimiento, no ha podido tener lugar.

4.3. Valoración del convenio arbitral en la ejecución del laudo

El punto de partida en este momento varía significativamente toda vez que el procedimiento arbitral ya ha finalizado con una resolución que ahora pretende ejecutarse.

Para que el Juez pueda despachar ejecución frente a un laudo arbitral –igual que respecto de una sentencia– se requiere que éste sea regular desde el punto de vista formal. La interpretación que ha de darse a esta expresión debe deducirse de los preceptos de la LA relativos al contenido del laudo arbitral (artículo 37 LA).

No debemos confundir en estos momentos la labor que ha de efectuar el Juzgado de Primera Instancia o de lo Mercantil respecto de la regularidad formal del laudo. No debe ser función del Juez analizar el contenido del laudo en cuanto al resultado de fondo que encierra el mismo, sino simplemente una apreciación más

superficial de las características del laudo como título ejecutivo. Corremos el riesgo de que por medio de esta comprobación de regularidad formal del título, el Juzgado se convierta en último decisor sobre la validez de la resolución arbitral.

¿Hasta dónde debe llegar el control judicial del laudo por el órgano encargado de la ejecución del mismo?

Este tipo de control se ha de producir por la vía del artículo 41 LA por medio de la acción de anulación del laudo y a instancia de parte. No cabe que el Juez de oficio pueda denegar el despacho de la ejecución basándose en motivos que tienen que ver con la nulidad del laudo que, de concurrir, tuvieron que ser impugnados por medio de la acción de anulación o, incluso, utilizando con carácter previo las excepciones por la parte en el marco del artículo 22 LA durante el desarrollo del procedimiento arbitral.

Entender esta valoración de la regularidad del título ejecutivo de otra forma implicaría desvirtuar el arbitraje como medio de solución de conflictos pues, en última instancia, siempre quedarían supeditados a la interpretación que realizara el Juzgador en el momento de instar su ejecución ante un hipotético incumplimiento por el condenado en el laudo.

De hecho podemos encontrar un gran número de resoluciones que reflejan esta

idea: “El juez debe despachar ejecución en todo caso siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título (art. 551 LEC) y haya transcurrido el plazo de veinte días a que se refiere el art. 548 LEC. Lo que no procede es, analizar de oficio la validez y nulidad del convenio arbitral y denegar el despacho de la ejecución razonando que el convenio es nulo por abusivo (...)”²³.

Las partes deben tener durante el procedimiento arbitral una postura activa ante determinadas infracciones del procedimiento de tal manera que si no las denuncian durante dicha tramitación y éstas tienen carácter dispositivo, tales infracciones quedarán sanadas por aplicación del art. 6 LA, no pudiendo entonces ser denunciadas *a posteriori* por medio de la acción de anulación del laudo.

Este tipo de actuaciones pueden atender también contra la doctrina de los actos propios que implicaría la falta de compatibilidad de la acción de anulación con una conducta previa de conocimiento y acatamiento de la situación que luego se denuncia como causa de impugnación. Esta doctrina tiene además reflejo material en la norma del artículo 6 LA²⁴.

²³ En este sentido, Autos de 4 de octubre de 2004 (Sección 13), Auto (Sección) 20 de 15 de octubre de 2004 (JUR 2005/41390, Auto de 23 de diciembre Sección 21 (JUR 2005, 38457), Auto de 23 de febrero de 2005, Sección 9ª (JUR 2005, 10248), Auto de 14 de marzo de 2005, Sección 8ª, Auto de 7 de marzo de 2005, Sección 19 (JUR 2005, 87311), Auto de 30 de marzo de 2005, Sección 25 (JUR 2005, 107077) todos de la Audiencia Provincial de Madrid. Igualmente, Auto Audiencia Provincial de Valencia núm. 354/2005 de 11 de octubre (AC 2005/1561).

²⁴ SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 66/2007 (JUR 2007/153250).

Sólo cuando dichas infracciones afectaran a normas de naturaleza imperativa, la impugnación o no de éstas por las partes en el desarrollo del proceso arbitral no afectará a su posible impugnación en sede de anulación²⁵.

Trasladando esta cuestión al tema que nos ocupa, debemos concluir que a pesar de que las partes no hayan denunciado determinadas infracciones durante el proceso arbitral o a través de la acción de anulación del laudo, llegados al momento de la solicitud de su ejecución forzosa, se ha de habilitar al tribunal la posibilidad de denegar de oficio el despacho de la ejecución cuando crea que el título no tiene la regularidad formal que exige el artículo 551 LEC por ser contrario a su naturaleza –cuando verse sobre materias no susceptibles de arbitraje– o sea contrario a su contenido –cuando se solicite la ejecución de materias no decididas en el laudo–²⁶.

Por tanto, con independencia de la actuación de las partes, el control de los tribunales en fase de ejecución del laudo debe llegar a la comprobación de que concurran o no infracciones de normas imperativas durante el proceso de gestación de la resolución arbitral, reconducidas éstas a que el laudo decida una cuestión no susceptible de ser sometida a arbitraje o sea contrario al orden público.

En estos dos supuestos, sí cabrá un análisis más profundo de la regularidad formal del título ejecutivo, mientras que en el resto –posibles infracciones de normas dispositivas–, el tribunal ante un laudo que cumpla los requisitos del artículo 551 LEC estará obligado a despachar ejecución por la regularidad formal que éste presenta, sin perjuicio de las posteriores oportunidades de oposición que ofrezca el proceso al ejecutado²⁷.

²⁵ Exponente de lo que acabamos de decir es la SAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 66/2007 (JUR 2007/153250) donde una de las partes del proceso arbitral, en fase de corrección, aclaración o complemento del laudo, es decir, dictado el laudo arbitral y finalizado el procedimiento arbitral, solicita la recusación de uno de los árbitros por entender que tenía relaciones profesionales anteriores al proceso con la parte contraria, recusación que repite en anulación del laudo y que también es desestimada.

Sin perjuicio de la irregularidad que supone intentar la recusación, en primer término, en el mismo momento en que se solicita la aclaración, corrección o complemento del laudo pues los árbitros han cesado ya en el ejercicio de sus funciones, debemos resaltar respecto de la alegación extemporánea de la recusación “ que es doctrina del TS desechar cualquier posibilidad de que la recusación se repute extemporánea y que se admita su posibilidad después de dictado el laudo, ya que puede suponer un uso fraudulento y contrario a la buena fe, en el sentido de que la parte, conociendo previamente la eventual causa de recusación, se la reserva para después de que recaiga la resolución de que se trate, para emplearla entonces, caso de serle esta desfavorable”

²⁶ Comparte esta opinión BARONA VILAR afirmando que, sólo en esos casos, el juez podría de oficio negarse a despachar ejecución, trasladando las coordenadas legales del control judicial del arbitraje en anulación a sede de ejecución. BARONA VILAR, S. *Las medidas cautelares en el arbitraje*. Navarra, 2006, pp. 391-392.

²⁷ En este sentido se pronuncian algunas resoluciones como el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid núm. 135/2006, de 5 de abril (JUR 2006/193507) al señalar que: “...los tribunales, a pesar de no haber sido impugnado el laudo, no deben mostrar una actitud pasiva sino que existen cuestiones que no se pueden sustraer a su control pues, en otro caso, no se explicaría

Por otro lado, cabe afirmar que ese control judicial del convenio arbitral debe producirse en toda su extensión cuando una de las partes de la relación jurídica de la que trae causa el laudo arbitral es un consumidor debido a la protección que se le ha de otorgar a éste por el desequilibrio que presenta su posición respecto de la parte contraria. Se da respuesta así a una cuestión prejudicial que fue plantada al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Primera) en el asunto Caso Asturcom Telecomunicaciones, S.L. contra Cristina Rodríguez Nogueira, en la Sentencia del 6 de Octubre de 2009 (JUR/2009/406611) cuando, mediante esta cuestión, el órgano judicial remitente pregunta, en lo sustancial, si la Directiva 93/13 (LCEur 1993, 1071) debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral que ha adquirido fuerza de cosa juzgada, dictado sin la comparecencia del consumidor, debe apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor y anular el laudo.

Vaya por delante que dicha protección que se le brinda al consumidor tiene su base en la situación de inferioridad que presenta respecto al profesional, también respecto a la imposibilidad de

capacidad de negociación de las cláusulas del contrato, incluida la cláusula arbitral y, en la situación que le lleva al consumidor a adherirse a las condiciones redactadas de antemano por el profesional sin poder influir en el contenido de éstas.

En este sentido esta Sentencia del TJCE realiza una interesante reflexión, se pregunta si es preciso determinar si la necesidad de reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derecho y obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda reestablecer la igualdad entre éstas obliga al juez que conoce del procedimiento ejecutivo a brindar una protección absoluta al consumidor, aun cuando éste no haya ejercitado acción judicial alguna para hacer valer sus derechos y pese a las normas procesales nacionales de aplicación del principio de cosa juzgada.

Concluye afirmando que el juez que conoce del procedimiento de ejecución de un laudo arbitral firme es competente para apreciar de oficio la nulidad de una cláusula arbitral contenida en un contrato celebrado entre un consumidor y un profesional por ser tal cláusula contraria a las normas nacionales del orden público.

Por consiguiente, en los denominados contratos de adhesión sí que cabe denegar

que la ley ordene acompañar a la demanda de ejecución el contrato arbitral, ni que el art. 551 exija al Juez antes de despachar ejecución, sin excepción alguna en función de los títulos base de ejecución, examinar que concurren los presupuestos y requisitos procesales, que el título adolezca de ninguna regularidad formal y que los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título". En parecidos términos, las siguientes resoluciones: Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.ª) de 11 de octubre de 2005, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.ª) de 25 de mayo de 2005 y los Autos de la Audiencia Provincial de Madrid, de 8 de noviembre de 2005 (Sección 10.ª), de 4 de octubre de 2005 (Sección 25.ª), de 27 de septiembre de 2005 (Sección 12.ª), de 12 de julio de 2005 (Sección 21.ª) y de 5 de julio de 2005 (Sección 11.ª).

el despacho de la ejecución de un lado dictado sobre la base de un convenio considerado nulo por el órgano ejecutor, incluso, en el supuesto en el que el propio consumidor se hubiera mostrado pasivo durante el desarrollo del procedimiento arbitral y aunque no hubiera promovido la acción de anulación del laudo. Esta argumentación supone que determinadas materias de carácter imperativo, como las relativas al orden público, deben estar sujetas al control judicial sin que se vean sanadas por aplicación del artículo 6 LA de renuncia tácita a las facultades de impugnación que es, en definitiva, la posición que aquí mantenemos²⁸.

Nótese que este análisis de oficio que realiza el tribunal en relación con la ejecución del laudo se enmarca en el contexto del análisis de la regularidad formal o no del título ejecutivo cuya ejecución se pide. Si nos fijamos en las resoluciones anteriormente citadas, lo que tienen en común es el razonamiento consistente en que no puede denegarse el despacho de la ejecución porque el convenio arbitral que dio lugar al laudo cuya ejecución se insta era nulo por abusivo. Nuestra perspectiva es distinta: no puede considerarse que el laudo

contiene los requisitos necesarios para ser considerado válido desde el punto de vista formal y, por tanto, poder despachar ejecución porque fue dictado contra el orden público o sobre una materia no arbitrable y, éstas, son cuestiones que sí pueden ser apreciadas de oficio aún no habiendo sido denunciadas durante el proceso arbitral o durante la anulación del laudo²⁹.

Mantiene nuestra posición el AAP de Madrid (Secc. 10ª) de 14 de noviembre de 2009 (JUR/2009/48051) aunque concreta aún más si cabe qué tipo de situaciones podrían ser objeto de control judicial: "(...) haciendo un análisis sistematizado del control que puede hacerse sobre un laudo arbitral, entendemos que el Juzgado, como presupuestos procesales, debe vigilar su competencia funcional y territorial y la legitimación de las partes en función del convenio suscrito y del laudo recaído, que sobre la regularidad formal del procedimiento arbitral solo deberá ocuparse de vigilar que se haya respetado el principio de audiencia y que las partes hayan recibido las notificaciones oportunas para defender sus derechos, pudiendo, asimismo, rechazar el laudo, por no ser conforme a la naturaleza y

²⁸ En idénticos términos se ha pronunciado la AP de Madrid (Secc. 20ª) en Auto de 16 de enero de 2009 (AC/2009/678): "Esto es, existen cuestiones en las que el juzgado tiene la facultad de denegar la ejecución al entrarse en unos límites legalmente imperativos e indisponibles fuera de los cuales no puede excluirse la jurisdicción, pudiendo rechazar la ejecución del laudo, por no ser conforme a la naturaleza y contenido del título, cuando verse sobre materias no susceptibles de arbitraje (contrario a su naturaleza) o se solicite la ejecución de materias no decididas en el laudo (contrario a su contenido)". En el mismo sentido, Autos AP de Barcelona (Secc. 15ª), de 17 de junio (AC/2009/1665) y de 15 de enero de 2009 (AC/2009/572).

²⁹ Con diferente argumentación: concentrada en la posibilidad de mantener que la nulidad de la cláusula arbitral y su carácter abusivo es examinable de oficio al tiempo del despacho de la ejecución, se pronuncian el Auto Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de octubre de 2003 (JUR 2003, 259572), de 25 de febrero de 2004 (JUR 2004, 122355) y de 13 de diciembre de 2004 (JUR 2004, 126267) y AAP de Jaén (Secc. 2ª) de 19 de octubre de 2005.

contenido del título, cuando verse sobre materias no susceptibles de arbitraje (contrario a su naturaleza) o se solicite la ejecución de materias no decididas en el laudo (contrario a su contenido)”.

De la jurisprudencia observada puede apreciarse un claro posicionamiento de las Audiencias Provinciales de Madrid y Valencia a favor de la postura que aquí defendemos, mientras que en el lado opuesto se colocan las argumentaciones de las Audiencia Provincial de Barcelona, lo que se ha dado en llamar un “exceso de función tuitiva”³⁰ por considerar válida la denegación del despacho de la ejecución por entender no válido el convenio arbitral que dio origen al arbitraje³¹.

4.4. Valoración del convenio arbitral en anulación del laudo

Debemos partir de que el convenio arbitral debe cumplir unos requisitos de fondo y forma que se deducen de preceptos civiles sustantivos y de la LA cuyo incumplimiento puede dar lugar a que se declare la inexistencia o invalidez del convenio arbitral. Sobre la naturaleza y el carácter de este tipo de defectos relacionados con el convenio nos hemos

pronunciado ya extensamente en otro lugar³², efectivamente, los defectos que podrían provocar la declaración del convenio como inválido o inexistente pueden ser diversos y han sido expuestos también por la SAP de Madrid, (Secc. 14ª), Sentencia de 3 de febrero de 2009 (La Ley 44919/2009): algunos de ellos pueden provocar la nulidad radical del convenio por ser contrario a norma legal prohibitiva o imperativa, o que verse 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 CC), o ha sido otorgado sin poder o fuera de los límites de éste (artículos 1712 y 1259 CC). Y cubre asimismo, la invalidez los casos de anulabilidad: defectos de capacidad, vicios del consentimiento (artículos 1300 y 1.301 CC). De manera más específica, habrá que estar a los requisitos de forma y contenido que se recogen en el artículo 9 LA.

El siguiente punto a abordar debe ser cómo ha de ponerse de manifiesto una posible causa de inexistencia o invalidez del convenio arbitral.

Puede pensarse que al estar en sede de anulación del laudo ésa debe ser la forma y el tratamiento procesal para

³⁰ BARONA VILAR, S. *Las medidas cautelares en el arbitraje*. Cit., p. 393.

³¹ En el mismo sentido que el apuntado por la AP de Barcelona se pronuncia también la AP de Vizcaya (Secc. 4ª) en Auto de 10 de junio (AC/2008/2272) al afirmar que: “Lo que no procede es, como hace el auto recurrido, analizar “ab initio” y de oficio la validez o nulidad del convenio arbitral y denegar el despacho de la ejecución razonando que el convenio arbitral es nulo por ser contrario al orden público, por falta de imparcialidad de AEADE, pues dichas cuestiones sólo podrán hacerse valer, en su caso y si procede, por quien se crea asistido del derecho en el propio arbitraje, en el recurso de anulación del laudo dictado o, si ello fuera posible y no estuviera incurso la cuestión en preclusión, en la oposición a la ejecución”

³² GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L. *El control judicial del arbitraje*. Capítulo III, Madrid: La Ley, 2008, pp. 47 y ss.

denunciar la inexistencia o invalidez del convenio arbitral. Pero en este caso, vuelve a ser necesario poner en conexión los artículos 22 y 6 LA junto con el artículo 41.1.a) LA para la acción de anulación en orden a una posible denuncia que pudiera afectar al convenio arbitral.

En este supuesto, compartimos la argumentación dada en otra sede³³ ya que una posible inexistencia o invalidez del convenio puede ser puesta de manifiesto de oficio por los árbitros en virtud del artículo 22 LA. Éstos están facultados para decidir sobre los requisitos del convenio a propósito del análisis de su propia competencia (regla *Kompetenz/Kompetenz*), para determinar si pueden entrar a resolver la controversia o no.

Si los árbitros no actúan de esta forma, son las partes las que tienen la oportunidad de denunciarlo con el límite máximo de la contestación a la demanda, de lo contrario, los defectos del convenio podrían quedar sanados como consecuencia de la aplicación del artículo 6 LA.

Sin embargo, puede ser de difícil aplicación este motivo en sede de anulación si apreciamos detenidamente el tratamiento procesal citado. Y es que si los árbitros no lo denuncian de oficio y las partes no lo hacen a su instancia, el juego del artículo 6 LA hará que esta cuestión no pueda ser alegada a través de la acción de anulación del laudo puesto que con la actuación de las partes se ha admitido tácitamente la validez del convenio.

Este es uno de los motivos que exige su previa denuncia durante la tramitación del procedimiento arbitral de tal manera que si ésta no se ha producido, el Tribunal competente podrá inadmitirlo *ad limine* por no haber acreditado la parte la “denuncia en la instancia”.

Por esta razón, será fundamental que uno de los documentos que se acompañe al escrito de anulación del laudo sea el que certifique haber denunciado la inexistencia o invalidez del convenio durante la tramitación del procedimiento arbitral.

También puede ser difícil aplicar este motivo a través de la acción de anulación cuando alguna de las partes se haya negado a iniciar el arbitraje y en ese sentido a nombrar el árbitro o los árbitros llamados a resolver. Sabemos que para estos casos la LA prevé acudir al nombramiento judicial de árbitros y que el Juzgado de Primera Instancia competente puede negarse a ese nombramiento si de la documentación aportada deduce que el convenio arbitral no existe o no es válido (artículo 15.5 LA).

Puede ser complicado que habiéndose pronunciado ya un Juzgado sobre tal existencia y validez del convenio en sentido negativo, posteriormente esta cuestión sea objeto de una acción de anulación del laudo y la Audiencia respectiva modifique el criterio del Juzgado. Incluso podríamos pronunciarnos en estos supuestos en términos de prejudicialidad y es que, ¿hasta qué punto la decisión de los Jueces de Primera Instancia en relación con el

³³ AA.VV. *Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de Arbitraje* (Dir. GARBERÍ LLOBREGAT). Tomo II. Barcelona, 2004, pp. 989-991.

convenio arbitral cuando deben realizar el nombramiento judicial de árbitros, en el caso de considerar que el convenio es válido y existente, debe tener efecto prejudicial sobre la eventual acción de anulación del laudo cuando esta impugnación se basa, con o sin otros motivos, en la nulidad o inexistencia del convenio arbitral?

Finalmente, también entendemos que será de difícil aplicación este motivo de anulación por el sistema establecido en la LA para la denuncia de esta circunstancia vía excepción en el procedimiento arbitral. Si el demandado entiende que el convenio no existe o no es válido lo denunciará en la contestación a la demanda para que los árbitros lo resuelvan preliminarmente o con la decisión final por medio del laudo (artículo 22.3 LA).

Si la decisión de los árbitros fuera preliminar, la parte tendría la oportunidad de instar la acción de anulación a continuación sin suspensión del proceso arbitral mientras tanto. Si no lo hiciera, entendemos que por aplicación del artículo 6 LA admitiría la validez o existencia del convenio, vaciando de contenido la futura impugnación tras la emisión del laudo. Dicho en otros términos, de no interponer la acción de anulación durante el transcurso del procedimiento arbitral, la doctrina de los actos propios impediría a la parte denunciarlo al finalizar el proceso por medio del laudo y la subsiguiente acción de anulación, cuando tuvo la oportunidad de hacerlo previamente y no lo hizo.

En conclusión, podríamos decir que los motivos en los que se funda la acción de anulación del laudo, las excepciones tanto procesales como materiales que pueden ponerse de manifiesto en la

tramitación del procedimiento arbitral, la posibilidad de los árbitros de observar su propia competencia por la vía del artículo 22 LA y, finalmente, el artículo 6 LA que prevé la presunción de renuncia tácita a las facultades de impugnación, se encuentran claramente interrelacionados.

Así, los árbitros antes de analizar su propia competencia sobre todas las cuestiones objeto del arbitraje deberán aguardar –al menos en las materias que puedan considerarse dispositivas– a la actuación de las partes por si, en virtud del artículo 6 LA, de su actuación pudiera deducirse que renuncian tácitamente a su impugnación aunque el defecto, error o infracción se hubiera producido de facto.

Si los árbitros de oficio no tienen dudas sobre su competencia o simplemente no se les plantean pues solamente están facultados para ello aunque no obligados, serán las partes las puedan poner de manifiesto dichas infracciones (que tengan que ver con la competencia de los árbitros para decidir la controversia, con la existencia y validez del convenio arbitral, o con cualquier otro obstáculo que impida entrar en el fondo del asunto.) aunque con las limitaciones que la LA recoge respecto del momento para la interposición de excepciones.

Por último, manteniendo la distinción entre materias dispositivas e imperativas en el arbitraje, algunas excepciones deberán haberse alegado durante el procedimiento arbitral para que dichas infracciones puedan ponerse de manifiesto de nuevo a través de la acción de anulación del laudo; mientras que otras, quedarán sanadas con la actuación de las partes en el propio procedimiento arbitral (representación

de las partes, recusación de árbitros, entre otras) y no podrán impugnarse vía anulación al no haber efectuado su denuncia con carácter previo durante el transcurso del procedimiento arbitral³⁴.

4.5. Valoración del convenio arbitral en el *exequátur* del laudo

Por todos es sabido que todo laudo arbitral que tenga carácter extranjero³⁵, esto es, haya sido dictado fuera de territorio nacional, para poder ser reconocido y/o ejecutado en España requerirá de un proceso de homologación o *exequátur*. Dicho procedimiento se regirá por el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones arbitrales en materia civil y mercantil. Procedimiento que cuya competencia objetiva se atribuye según nuestro ordenamiento interno a los Juzgados de Primera Instancia o de lo Mercantil para aquellas materias que le sean propias y, conforme al cual, pueden oponerse una serie de causas de denegación al *exequátur* entre las que se encuentra la inexistencia o invalidez del acuerdo arbitral [artículo V.1.A) CNY].

Hecho este somero repaso al procedimiento de homologación de un laudo

arbitral extranjero a los solos efectos de poder abordar el tema que nos ocupa, efectivamente, el CNY repara en la posibilidad que tendrá la parte contraria a la que solicita el *exequátur* de oponer, como causa de denegación, la inexistencia o invalidez del acuerdo arbitral. Estamos pues ante otro instante en el que un órgano judicial debe volver a pronunciarse sobre el compromiso arbitral de cara a acordar su reconocimiento o ejecución en nuestro país.

La diferencia ahora es que el procedimiento arbitral ya se ha seguido fuera de nuestro territorio y en el Estado de origen del laudo puede haberse iniciado o no algún procedimiento de impugnación del mismo.

Por supuesto, sigue estando vedada la posibilidad de que el juez homologador se pronuncie sobre el fondo de lo decidido en el laudo aún a pesar de que el mismo haya sido dictado fuera de nuestro territorio³⁶.

Además, concurre otra circunstancia de difícil resolución práctica que ha sido denominada como “doble control judicial del laudo”: situación que se produce cuando una de las partes impugna el laudo en el Estado de origen y la parte contraria

³⁴ En este sentido se pronuncia la SAP Valladolid (Secc. 1ª), de 9 de Febrero de 2006 cuando señala que: “(...) las partes son dueñas del arbitraje en todos sus extremos y esa situación provoca que las mismas puedan consentir las infracciones que puedan existir a lo largo del arbitraje, de manera que si una parte conoce una infracción y no la denuncia a tiempo debe deducirse su voluntad intrínseca o tácita, extraída de los actos que lleva a cabo, de consentirla y ello, en definitiva, por aplicación de la doctrina de los actos propios que ha sido recogida en innumerables sentencias del TS (por ejemplo, 12 de julio de 1990, 5 de marzo de 1991 y 20 de mayo de 1993)”.

³⁵ A propósito de la distinción entre arbitraje internacional y laudo extranjero y, en concreto, sobre el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, vid. Mi obra GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L. *La asistencia judicial al arbitraje*. Cap. VI. Madrid, 2009, pp. 197 y ss.

³⁶ ATS (Sala 1ª), de 29 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 9002).

solicita su homologación a través de un procedimiento de *exequátur* en un país distinto de donde se dictó el laudo (Estado requerido). En estos casos, son dos los órganos judiciales llamados a pronunciarse sobre aspectos como: la arbitrabilidad de la controversia, sobre si su contenido es o no contrario al orden público, sobre la nulidad del convenio arbitral, la indefensión sufrida en el procedimiento, incongruencia del laudo, indebida tramitación del procedimiento o indebida constitución del tribunal arbitral.

Este doble control judicial del laudo puede dar lugar, fundamentalmente, a resoluciones contradictorias sobre la existencia y validez del laudo arbitral, así, podría ocurrir que para un Estado el laudo arbitral deba ser anulado por estimarse la impugnación interpuesta, mientras que para otro, el laudo sea homologado y despliegue todos sus efectos en un Estado distinto.

Aunque éste es un tema que podría dar lugar a una exposición para la que no disponemos del suficiente espacio³⁷, es lo cierto que, concretando nuestro tema de estudio, el control que ha de efectuar el tribunal español del convenio arbitral para pronunciarse sobre la concesión o denegación del *exequátur*, debe ser absolutamente amplio. Es decir, podrá el juez determinar si laudo arbitral era o no contrario al orden público, si la controversia era arbitrable, pero también, si el convenio arbitral era válido, el

laudo era congruente o se cumplieron las distintas formalidades establecidas a propósito del procedimiento.

Todas ellas constituyen causas de denegación del *exequátur*, aunque si bien se mira, unas apreciables de oficio y otras, como la relativa al convenio arbitral, solo impugnables a instancia de parte. Para este supuesto el juez español debe realizar una labor de análisis del convenio arbitral en toda su extensión, ya que constituye un supuesto distinto al análisis realizado a propósito de la ejecución del laudo toda vez que ahí estábamos limitados por las causas tasadas que impiden el despacho de la ejecución de la resolución arbitral. Aquí, el convenio se ha ratificado fuera de nuestras fronteras, el procedimiento arbitral y laudo se han seguido en otro lugar y se pretende dar efecto al mismo en nuestro Estado, luego el control a ejercer debe ser total so pena de reconocer resoluciones contrarias a nuestro orden público o que hayan sido dictadas sin las necesarias formalidades.

Qué se haya de entender por inexistencia o invalidez del convenio arbitral escapa a este trabajo³⁸, pero de lo que no cabe duda es de que el tribunal español ejercerá un exhaustivo control judicial tanto del laudo como del compromiso arbitral que sirvió de base para la sumisión de las partes al arbitraje, siempre que haya sido solicitada esa cuestión a instancia de parte. Sin perjuicio de lo anterior, el laudo podría quedar sometido a un doble control si el mismo fue finalmente impugnado

³⁷ Sobre este tema en extensión: SABATER MARTÍN, A. *La eficacia en España de los laudos arbitrales extranjeros*. Madrid, 2002.

³⁸ Aunque puede consultarse en GONZÁLEZ-MONTES SÁNCHEZ, J.L. *La asistencia judicial al arbitraje*. *Cit.*, pp. 213 y ss.

en el Estado de origen, con las nefastas consecuencias procesales que provoca esa situación. No obstante, en parte, el propio CNY trata de limitar los efectos de este doble control cuando incorpora las reglas del art. V.1.e) y VI CNY, esto es, que se

pueda denegar el *exequátur* al laudo por, o bien, no ser obligatorio, o bien ha sido rescindido en su Estado de origen; o de otra parte, será posible paralizar la ejecución del laudo que se halla impugnado en su Estado de origen.

EL REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO ARBITRAL

JULIO GONZÁLEZ-SORIA ^(*)

SUMARIO: 1. *Introducción.* 2. *El acuerdo arbitral en la Convención de Nueva York.* 2.1. *El requisito del acuerdo por escrito.* 2.2. *El acuerdo arbitral en las condiciones generales de los contratos.* 2.3. *El acuerdo arbitral en las confirmaciones de ventas o compras.* 3. *El acuerdo arbitral en la Ley Modelo de la UNCITRAL/CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (LM).* 3.1. *Las modificaciones introducidas en la LM en 2006.* 4. *La forma y contenido del convenio arbitral en la Ley de Arbitraje española de 2003.*

1. INTRODUCCIÓN

Como es bien sabido la institución del arbitraje está basada en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes que, libremente, deciden someter a la decisión de un tercero la resolución de sus diferencias, renunciando a acudir a los tribunales estatales competentes para ello.

Y esa voluntad tiene que quedar claramente expresada en el correspondiente acuerdo o convenio arbitral, ya que, de lo contrario, se corre el riesgo no solo de que, surgida la discrepancia no pueda acudirse a la vía arbitral, sino incluso de que todo el procedimiento arbitral resulte inútil por no poder ejecutarse el laudo resultante.

Por todo ello, es fundamental asegurarse de que el acuerdo arbitral cumpla todos los requisitos que son exigidos para su validez por los ordenamientos jurídicos correspondientes.

Entre esos requisitos puede individualizarse el relativo a la forma del acuerdo. Y ese va a ser el objeto de nuestro análisis.

Dada la amplitud del tema y las inevitables limitaciones de espacio de este trabajo, debemos acotar el ámbito del mismo.

Si tenemos en cuenta que el fin último del arbitraje es resolver el litigio mediante el cumplimiento del laudo, bien a través de su ejecución voluntaria, o

^(*) Socio Director de *González-Soria Abogados*. Profesor de la Facultad de Derecho de la UNED. Miembro de la Comisión de Arbitraje de la CCI. Vicepresidente del Club Español del Arbitraje.

alternativamente a través de la ejecución obligatoria, es decir, judicial del laudo, es evidente que, de manera preferente, deberemos analizar que establece al respecto el instrumento más generalizado y específico para la ejecución de laudos extranjeros. Nos estamos refiriendo, por supuesto, al Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras; con referencias ocasionales a la aplicación de sus principios por algunas jurisdicciones.

Igualmente, nos parece relevante analizar las modificaciones introducidas en 2006 a la Ley Modelo de UNCITRAL/CNMUDI, precisamente con respecto a las exigencias de la forma escrita del acuerdo arbitral, y que reflejan la evolución en la materia, fruto de las exigencias de las prácticas del tráfico mercantil.

Y, finalmente, nos referiremos al tratamiento que da a esta materia la Ley de Arbitraje española de 2003 ya que se trata de una ley nacional significativa que ha incorporado los principios recogidos en las citadas modificaciones de la Ley Modelo.

2. EL ACUERDO ARBITRAL EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Uno de los elementos que configuran el ámbito de aplicación de la Convención de Nueva York es el acuerdo arbitral.

A diferencia de lo que sucede con la sentencia arbitral, la Convención de Nueva York no define qué acuerdos arbitrales son los que son susceptibles de ser ejecutados bajo la misma en consonancia con lo

establecido en su artículo II.3. Y ello es así porque, originalmente, la intención de los redactores de la Convención era dejar a un Protocolo separado las provisiones relativas a la validez formal del acuerdo arbitral y a la obligación de acudir al arbitraje. Sin embargo, al final de la Conferencia de Nueva York se llegó a la conclusión de que esto no era deseable y, en consecuencia, se redactó a toda prisa el artículo II, lo que produjo la omisión de una indicación relativa a qué acuerdos arbitrales se aplicaba la Convención.

Para salvar esta laguna, lo indicado es acudir a interpretar el artículo II.3 en relación con el artículo I, lo que nos llevará a determinar que si el acuerdo arbitral prevé el arbitraje en otro Estado, la Convención es aplicable para la ejecución de dicho acuerdo. Si el Estado en el que se invoca tal acuerdo ha utilizado la primera reserva (la reserva de reciprocidad del artículo I.3) el acuerdo puede ser ejecutado bajo la Convención sólo si el Estado donde va a tener lugar o está teniendo lugar el arbitraje es un Estado contratante. En ambos casos, ni la nacionalidad de las partes ni la internacionalidad del tema objeto del acuerdo es relevante.

Estas conclusiones han sido ratificadas por los Tribunales de diferentes países, excepto los Estados Unidos, en el que el acuerdo entre partes de nacionalidad americana tiene que versar sobre una relación internacional.

Si el acuerdo establece el arbitraje en el Estado del foro, también se aplicará el artículo II.3 de la Convención siempre que: una de las partes sea un ciudadano extranjero, o cuando la transacción objeto del acuerdo sea internacional

o, lógicamente, cuando se den ambas circunstancias.

2.1. El requisito del acuerdo por escrito

Sin embargo, la Convención sí establece un criterio expreso de determinación de su aplicabilidad en base a la forma del acuerdo arbitral, ya que, en efecto, el artículo II.1 señala que los Estados contratantes reconocerán el acuerdo por escrito, conforme al cual las partes se obliguen a someter al arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, concerniente a un asunto que puede ser resuelto por arbitraje.

Es muy importante subrayar la importancia de este planteamiento, porque significa que se ha abandonado la senda que hacía de la validez formal del acuerdo arbitral una condición del reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral, para convertirla en una de las coordenadas de su campo de aplicación.

Esto supone que se renuncia a verificar esa validez según una ley estatal designada en virtud de una regla de conflicto, unificada o dejada al arbitrio de cada foro para regularla directamente. Y, en lugar del método conflictual, se ha adoptado una regla uniforme consistente en que el acuerdo sea simplemente por escrito, lo que permite superar las normas de legislaciones estatales que aún conservan la exigencia de formas auténticas, como era el caso de la derogada Ley de Arbitraje de Derecho Privado española de 1953.

La Convención, en su artículo II.2, nos aclara qué debe entenderse por “acuerdo por escrito”, señalando que dicha expresión denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas.

Esta definición de lo que constituye un acuerdo arbitral por escrito puede ser considerada, repito, como una regla uniforme internacionalmente aceptada por los diferentes tribunales que reconocen su prevalencia sobre el ordenamiento interno.

No obstante, hay que señalar que la definición que hace la Convención del acuerdo por escrito, y que en su espíritu tiende a ser lo más amplia y flexible posible, puede ofrecer algunas dudas de interpretación en la práctica real del mundo mercantil.

Si analizamos la redacción a la que ya nos hemos referido anteriormente. Vemos que pueden distinguirse dos alternativas que son, por un lado, que la cláusula arbitral esté contenida en un contrato o en un acuerdo de arbitraje separado, y que, en ambos casos, dicho documento esté firmado por las partes y, por otro, que la cláusula arbitral esté en un contrato o en un acuerdo de arbitraje separado que esté contenido en un intercambio de cartas o telegramas.

Por consiguiente, podemos inferir que en el primer supuesto es necesario que las partes hayan firmado el contrato en el que está contenida la cláusula arbitral o alternativamente el acuerdo de arbitraje por separado; sin embargo, en la segunda

alternativa no es necesaria la firma de las partes, siempre y cuando se haya producido un intercambio por escrito entre las partes por medio de carta o telegrama.

Sin embargo, la interpretación, por los diferentes Tribunales de los países contratantes, sobre cuándo ha tenido lugar ese intercambio varía, habiendo algunos que consideran que se ha producido cuando el documento mismo es devuelto por la parte a la que haya sido enviado, a la parte que lo había enviado; mientras que otros consideran que es suficiente cuando se hace una referencia al documento en una subsiguiente carta, télex, telegrama, factura, letra de crédito, etc., que se origine en la parte a quien haya sido enviado el documento.

Sí existe, por el contrario, una aceptación generalizada en el sentido de que la expresión contenida en el artículo II.2 contenida en un intercambio de cartas o telegramas debe ser interpretada de la manera más amplia posible para poder así incluir otros medios de comunicación que se van incorporando al tráfico comercial, y muy especialmente los telexes.

La Convención Europea de 1961 abunda en este sentido, ya que en su artículo 1.2.a) dice a este respecto, textualmente: *“contenida en un intercambio de cartas, telegramas o en una comunicación por telex”*.

La nueva Ley de Arbitraje española de 2003 que, en su artículo 9, regula la forma y contenido del convenio arbitral, sigue esas mismas líneas de amplitud y flexibilidad.

2.2. El acuerdo arbitral en las condiciones generales de los contratos

Una cuestión de gran importancia, por su frecuente uso en la práctica, es el tema de si una cláusula arbitral contenida en unas condiciones generales cumple el requerimiento de forma escrita del artículo II.2. Esta cuestión es tan importante como compleja, ya que, por un lado, podemos encontrarnos que la cláusula compromisoria puede aparecer en esas condiciones generales de maneras muy diversas, como son también diversas las propias condiciones generales, que pueden adoptar diversas formas (un modelo de contrato impreso, una cláusula entre las condiciones impresas en el reverso de un contrato, la cláusula en un documento separado, generalmente impreso, al que se refiere el contrato, etc.). Pero, además, este tema tiene que vincularse a dos aspectos, que son su configuración como contratos de adhesión y la incorporación de la cláusula mediante remisión a otro documento que aluda expresamente al arbitraje.

Una variante de las condiciones generales es lo que podríamos llamar las condiciones habituales, entendiendo por tales aquellos supuestos en los que comerciantes que sostienen relaciones muy frecuentes incluyen en sus contratos una estipulación donde se prevé el recurso al arbitraje para la solución de tales diferencias, pero pudiéndose dar el caso de que el contrato objeto de litigio no incorpore una cláusula arbitral.

En la jurisprudencia comparada encontramos una decisión del Tribunal

Supremo de la República Federal Alemana en la que se reconocía que el requisito de acuerdo escrito del artículo II de la Convención se cumple sólo si las condiciones generales que incluyen la cláusula de arbitraje han sido adjuntadas a la orden de compra¹.

El Tribunal Supremo italiano consideró que se cumplía el requisito del artículo II en un caso en que el contrato, por sí mismo, hacía mención al arbitraje, y las condiciones generales a que hacía referencia contenían una cláusula arbitral².

Ante la Corte de Apelación de La Haya se presentó un caso en el que las partes habían mantenido relaciones durante un largo período de tiempo, sobre la base de las mismas condiciones generales que incluían una cláusula arbitral, y que en veinticinco contratos habían declarado expresamente que estas condiciones eran aplicables, pero en un contrato subsiguiente no hicieron mención expresa de la misma. Se planteaba, por tanto, el tema de si podía considerarse incluida la cláusula arbitral en ese contrato en el que no había mención expresa, dado el continuo uso de las mismas condiciones generales. La Corte se pronunció en el sentido de “que el requisito de acuerdo por escrito al que hacen referencia los artículos IV.1.b) o II de la Convención impide la posibilidad de invocar este continuo uso”³.

2.3. El acuerdo arbitral en las confirmaciones de ventas o compras

Otro supuesto conflictivo son las confirmaciones de ventas o compras que contienen una cláusula arbitral. La jurisprudencia de los diferentes Estados contratantes permite llegar a la conclusión de que una cláusula arbitral contenida en tales confirmaciones cumple los requisitos del artículo II.2 siempre y cuando: a) la confirmación esté firmada por ambas partes; b) se devuelva un duplicado tanto si está firmado como si no; c) la confirmación es aceptada subsiguientemente por medio de otra comunicación por escrito de la parte que recibió la confirmación a la parte que lo envió. Descartándose, sin embargo, la aceptación tácita como suficiente para cumplir los requisitos del artículo II.

En resumen, hay que insistir en que el acuerdo por escrito al que se refiere el Convenio de Nueva York es un presupuesto suficiente para su aplicación que impide las condiciones restrictivas impuestas por las legislaciones estatales que exigen algo más que la forma escrita, pero es, al mismo tiempo, también un presupuesto inexcusable.

Por consiguiente, los laudos que son fruto de un acuerdo arbitral no escrito, a las que en su caso podría aplicarse la legislación interna de un Estado más

¹ Bundesgerichtshof, Sentencia de 10 de mayo de 1984. Ver: “Yearbook Commercial Arbitration”. Vol. X, 1985, p. 427.

² Corte Di Cassazione. Sentencia de 20 de diciembre de 1983. Ver: “Yearbook Commercial Arbitration”. Vol. X, 1985, p. 473.

³ Corte de Apelación de La Haya, 25 de febrero de 1984. En: “Yearbook Commercial Arbitration”. Vol. X. 1985, pp. 485-486.

favorable, no pueden quedar sometidas al Convenio de Nueva York.

No es éste, sin embargo, el caso de la aplicación del Convenio de Ginebra de 1961 que, aunque como hemos dicho anteriormente entiende por acuerdo arbitral, a los fines de su aplicación, las cláusulas compromisorias o los compromisos escritos, también incluye en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes [artículo I.2.a)].

Hay que aclarar, sin embargo, que con ello el Convenio de Ginebra no nos ofrece una norma material más progresiva que la del Convenio de Nueva York, ni siquiera una regla de conflicto unificada, sino que se limita a facilitar la extensión de la aplicación del Convenio a los acuerdos arbitrales no escritos, en el caso de que su validez sea reconocida por las legislaciones de los Estados interesados que son, según se desprende del artículo I.1.a), aquellos donde las partes tienen su residencia habitual, domicilio o sede social en el momento de la estipulación del acuerdo.

Hay que señalar que el Tribunal Supremo español ha adoptado, también en este aspecto, una postura progresista ratificando, por supuesto, la vigencia ineludible del acuerdo por escrito, pero favoreciendo una amplia y flexible interpretación del término.

Como ejemplos que ratifican dicha afirmación podemos citar el Auto de 8 de octubre de 1981, en el que se considera suficiente la existencia de una cláusula de arbitraje estampada en el documento

de confirmación de venta; el Auto de 10 de febrero de 1984 en que se dan por válidas las condiciones impresas en el reverso de un contrato, ya que no existía evidencia de que las mismas no hubieran sido aceptadas en el momento en que fue firmado el mismo; y, finalmente, el Auto de 30 de enero de 1986, que consideramos del máximo interés, ya que por un lado insiste en la necesidad de que el acuerdo revista precisamente la forma escrita sin que exista libertad para que sea de otra manera, pero sin que tampoco le alcancen las mayores exigencias formales del Derecho interno (en el caso del Derecho español, la forma de escritura pública exigida por la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado de 1953 vigente en aquel momento), para añadir que el Convenio de Nueva York no exige la suscripción si el acuerdo se asienta en un canje de cartas o telegramas y, finalmente, señalar que debe reputarse existente el acuerdo en un caso en el que el demandado estaba en relaciones comerciales continuadas con el demandante, es decir, no había contratado ocasional o singularmente y, por tanto, conocía las condiciones generales bajo las cuales operaba y que constantemente se consignan en la documentación empleada, y en el que el demandado recibió factura expedida por la Sociedad Demandante, igual a las que habitualmente empleaba ésta, consignando la sumisión a una organización de arbitraje, siendo recibida y comercializada la mercancía bajo dicha factura con la cláusula sumisoria.

A continuación, el Auto va aún más allá al añadir que, a mayor abundamiento, puede entenderse que el demandado se hallaba obligado a protestar dicha sumisión ante las conminaciones que le

hizo el demandante y que no habiéndolo hecho, y antes bien recibido la mercancía bajo factura cuyo contenido conocía, dio vida a un compromiso contenido en el intercambio de tales documentos, señalando a continuación que *“tampoco puede olvidarse que el Acuerdo Europeo de 1961 declara igualmente válido ‘en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral’, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes, ‘que daría entrada a la libertad de forma del artículo 7 de la Ley de 22 de diciembre de 1953 para el contrato preliminar de arbitraje’”*.

Aun cuando es elogiable la intención del Tribunal de favorecer la agilidad que requiere la índole de las relaciones

mercantiles internacionales, la alusión que hace a la Ley de 1953 no es aceptable ni, por supuesto, en su conexión con la Convención de Nueva York, dada la prevalencia del régimen convencional por la jerarquía de normas y por ser este último un *ius specialis*, ni con el Convenio Europeo de Ginebra de 1961 porque, aun cuando hay que admitir que está bien traído el razonamiento, que sería absolutamente válido si nuestra Ley interna fuese más favorable, falla de raíz al no tener en cuenta que nuestra Ley de 1953 mantenía, una diferencia sustancial entre compromiso arbitral y cláusula compromisoria, que no pueden, por tanto, confundirse.

Finalmente, nos parece especialmente significativo de la postura de nuestro Tribunal Supremo, el pronunciamiento contenido en el Auto de 5 de mayo de 1998⁴

⁴ “Sobre la base de estas previsiones normativas y de la distribución de la carga de la prueba que se lleva a cabo en los artículos IV y V del Convenio de Nueva York, cuyo régimen consagra una verdadera presunción en favor del reconocimiento de las resoluciones arbitrales extranjeras, esta Sala ha venido verificando el cumplimiento del presupuesto de la aportación del acuerdo por escrito a que se refiere el citado Art. II atendiendo al conjunto de la documentación unida a los autos, cuidando que de ella se infiera la inequívoca voluntad de las partes de someter a arbitraje las controversias surgidas en el desarrollo de una determinada relación negocial, con la previsión de no vincular necesariamente tal voluntad a la manifestada o exteriorizada por actos concluyentes demostrativos de la perfección o consumación del contrato, que puede quedar acreditada por ellos pero no, en cambio, la concorde voluntad de incluir en el clausurado negocial un compromiso o acuerdo de sumisión a arbitraje (cfr. ATS 17 febrero 1998 en exequátur números 3587/1996 y 2977/1996). Esta orientación hermenéutica ha de llevar a negar virtualidad a las causas de oposición que se esgrimen y que parten del incumplimiento por el solicitante de la carga de aportar junto con la demanda el original o copia auténtica del acuerdo escrito exigido por el Art. IV, en relación con el II del Convenio de Nueva York de 1958; y ello porque si bien es cierto que la confirmación de la operación que se ha acompañado a la solicitud y en la que se recoge la cláusula de arbitraje no aparece firmada por la compradora hoy oponente, no menos cierto es que la misma ha aportado dos fotocopias de sendas cartas de porte internacional expedidas por el vendedor remitente de las mercancías, en las cuales se contiene una casilla bajo el número 5 que reza: “Documentos anexos: “Olifat” c/0324101”, numeración coincidente con la confirmación de venta que recogía el acuerdo arbitral, lo cual permite inferir con fundamento bastante que en la señalada cláusula de arbitraje quedó incorporada al contenido de la relación contractual, formando parte de la misma. Esta conclusión, que hace tener por cumplido el requisito formal impuesto al solicitante de exequátur, permite igualmente rechazar la causa de oposición que se alega desde la óptica de la falta de competencia del Tribunal arbitral por no haberse acreditado la aceptación de la cláusula compromisoria, pues de acuerdo con la distribución de la carga

en el que presta especial atención a quien corresponde la carga de la prueba para determinar si se cumple o no los requisitos exigidos por el Convenio de Nueva York.

3. EL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEY MODELO DE LA UNCITRAL/CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (LM)

La Ley Modelo de la UNCITRAL/CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (LM), aprobada en su 18º período de sesiones (Viena, 1985), y recomendada por la Resolución 40/1972, de 11 de diciembre de 1985, de la Asamblea General de la ONU, es un texto destinado a los legisladores nacionales, quienes libremente pueden adoptarlo al dictar leyes internas sobre esta materia, y adaptarlo a las características del correspondiente ordenamiento jurídico.

En la medida en que la LM sea adoptada por el mayor número de países,

se producirá el deseado efecto de la mayor armonización y uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje y la potenciación de éste como medio de solución de controversias.

Es éste el texto que ha servido de base a la Ley de Arbitraje de 2003 de España que ha adoptado la LM y la ha adaptado al sistema monista, esto es, a la regulación unitaria del arbitraje interno y del internacional como ya han hecho otras legislaciones en el Derecho comparado, pudiéndose citar, a simple título de ejemplo, a México en 1993; y, recientemente, Perú, en 2008.

Teniendo en cuenta que el modelo de la UNCITRAL/CNUDMI, ha de servir, pues, como criterio histórico-legislativo, al intérprete de todas aquellas leyes de arbitraje nacionales en cuyos antecedentes encuentran base sus normas, hemos considerado también del mayor interés analizar las modificaciones introducidas recientemente en la misma y que son muy

de la prueba que opera el Convenio de Nueva York, correspondía a la parte oponente, de cuya mano estaba, justificar que el contrato finalmente aceptado no contenía ya la cláusula sumisoria por haberla rechazado, introduciendo variaciones en las condiciones contenidas en la confirmación de la transacción, de suerte que la presunción de la existencia del acuerdo arbitral que se deriva de las circunstancias expuestas ha de operar con toda su intensidad, por no haberse destruido oportunamente de contrario. Y también, en fin, se debe rechazar la invocada trasgresión del orden público por no haberse practicado prueba alguna determinante de la competencia del Tribunal arbitral, pues como es sabido el concepto de orden público en sentido internacional ha derivado hacia un contenido netamente constitucional, que se identifica con los principios, derechos y garantías consagradas constitucionalmente (cfr. SSTC 43/1986 [RTC 1986, 43] y 132/1991 [RTC 1991, 132]), y desde esta perspectiva la alegación únicamente tendría virtualidad de haberse dictado la resolución que se quiere reconocer prescindiendo de prueba alguna, con menoscabo del derecho de defensa del demandado, lo que no ha ocurrido así, según se aprecia del propio tenor de la sentencia arbitral, sin que resulte admisible que por esta vía y semejante causa de oposición se quiera hacer valer un desacuerdo con la apreciación de los elementos de prueba realizada por el Tribunal arbitral, pues lo impide tanto el propio concepto de orden público que se invoca, con la caracterización que se ha indicado, como la naturaleza de este procedimiento, meramente homologador de los efectos de las decisiones extranjeras, en el que está vetada la revisión del fondo del asunto, ya sea del derecho que se aplica como de la determinación del "factum" que sirve de base a la resolución (cfr. 132/1991 y AATS de 3 diciembre 1996, 21 abril 1998).

indicativas de las tendencias actuales sobre esta cuestión.

3.1. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LM EN 2006

En su 32º período de sesiones (Viena, 1999), la UNCITRAL/CNUDMI encomendó al Grupo de Trabajo II (Arbitraje y Conciliación) la revisión de algunas cuestiones en esta materia, fundamentalmente las relativas a la forma escrita del convenio arbitral, medidas cautelares y conciliación, que concluyeron en una reforma de la LM aprobada en el 39º período de sesiones (Nueva York, 2006) mediante Resolución 61/33 (4 de diciembre de 2006) de la Asamblea de Naciones Unidas que incluye una modificación del artículo 7 de la LM y una Recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del Art. 2 y del párrafo 1) del Art. 7 de la Convención de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras

La versión original de 1985 de la disposición relativa a la definición y forma del acuerdo de arbitraje (contenida en el citado artículo 7) sigue de cerca el enunciado del párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York, en el que exige, como hemos visto, que el acuerdo conste por escrito.

Si las partes han convenido en someter su litigio a arbitraje habiendo concertado el acuerdo correspondiente sin observancia del requisito de forma, cualquier parte podrá invocar esa deficiencia para oponer una excepción de incompetencia del tribunal arbitral.

Como hemos visto en los párrafos anteriores la práctica arbitral ha puesto de manifiesto que, en ciertas situaciones, la elaboración de un documento por escrito resulta imposible o poco práctica, por lo que, en los casos en que la voluntad de las partes para someterse a arbitraje no constituye un problema, debería reconocerse la validez del acuerdo de arbitraje.

Ese fue el motivo por el que, con el fin de ajustar mejor su contenido a las prácticas contractuales internacionales, se revisó por la Comisión, en 2006, el artículo 7, adoptándose finalmente, como fórmula de compromiso, el acuerdo de aprobar dos opciones, que reflejan dos formas distintas de abordar la cuestión de la definición y forma del acuerdo y que son una expresión de las dos grandes corrientes existentes.

A continuación, transcribimos literalmente las dos opciones contenidas en el citado artículo 7 modificado:

Opción I Artículo 7. Definición y forma del acuerdo de arbitraje

1) El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2) El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3) Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de

arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4) *El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares, como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.*

5) *Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por la otra.*

6) *La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato.*

Opción II Artículo 7. Definición del acuerdo de arbitraje

El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no.

La primera opción mantiene la estructura detallada del texto original de 1985. En ella se confirma la validez

y eficacia de un compromiso por el que las partes deciden someter a arbitraje una controversia existente (“compromiso”) o futura (“*clause compromissoire*”). Conforme a la Convención de Nueva York se exige que el acuerdo de arbitraje conste por escrito, pero se amplía el sentido tradicional de ese concepto al equiparar la forma escrita con todo otro medio “que deje constancia de su contenido en cualquier forma”.

El acuerdo de arbitraje podrá concertarse en cualquier forma (incluso verbalmente), a condición de que se deje constancia de su contenido. La importancia de esa disposición radica en que ya no se exige la firma de las partes ni un intercambio de comunicaciones entre ellas.

Se ha modernizado el enunciado al utilizar vocabulario alusivo a la utilización del comercio electrónico, que se ha inspirado en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas en los Contratos Internacionales de 2005.

La disposición abarca la situación en que hay “un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra”. En ella se prevé también que “la referencia hecha en un contrato a un documento” (por ejemplo, uno en el que consten las condiciones generales) “que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato”. De ese

modo, se aclara que es posible remitirse al derecho de los contratos aplicable para determinar el grado de consentimiento necesario para que una parte quede obligada por un acuerdo de arbitraje que supuestamente consta en un documento al que se “hace referencia”.

En la segunda opción del artículo 7, por el contrario, se define el acuerdo de arbitraje de la manera que omite todo requisito de forma.

La Comisión no expresó preferencia por ninguna de las opciones. Los Estados promulgantes podrán examinarlas y escoger una u otra, según convenga a sus necesidades concretas, y por referencia al contexto jurídico en que se promulgue la Ley Modelo, inclusive los principios generales del derecho de los contratos de cada Estado promulgante. La finalidad de ambas opciones es garantizar el reconocimiento de la validez del acuerdo de arbitraje al amparo de la Convención de Nueva York.

A ese respecto, la Comisión también aprobó en su citado 39º período de sesiones, celebrado en 2006, una recomendación relativa a la interpretación del párrafo 2) del artículo II y del párrafo 1) del artículo VII de la Convención de Nueva York, (A/61/17, anexo II). En su resolución 61/33, de 4 de diciembre de 2006, la Asamblea General señaló que “con respecto a la modernización de los artículos de la Ley Modelo, la promoción de una interpretación y aplicación uniformes de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, es especialmente oportuna”.

La recomendación se formuló en vista del uso cada vez más extendido del comercio electrónico, y de la promulgación de leyes nacionales, así como de la jurisprudencia en la materia, que son más favorables que la Convención de Nueva York en lo tocante al requisito de forma al que han de ajustarse el acuerdo de arbitraje, las actuaciones arbitrales y la ejecución de laudos. En la recomendación se insta a los Estados a que apliquen el párrafo 2) del artículo II de la Convención de Nueva York “reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas” y se los alienta a adoptar el artículo 7 revisado de la Ley Modelo.

Como hemos visto, en las dos opciones de este artículo se establece un régimen para el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales más favorable que el previsto en la Convención de Nueva York.

En virtud de la “la disposición relativa a la ley más favorable” enunciada en el párrafo 1) del artículo VII de dicho instrumento, en la recomendación se aclara que debería permitirse “a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje”.

4. LA FORMA Y CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA DE 2003

El legislador español, según se señala expresamente en su Exposición de Motivos (I, párrafo tercero), al elaborar la Ley de

Arbitraje española promulgada en 2003, que, como ya hemos dicho, está inspirada en la LM, tomó ya en consideración los trabajos de actualización de los textos UNCITRAL/CNMUDI a los que nos hemos referido en el apartado anterior, cuya revisión estaba entonces en curso.

Así, vemos que en el artículo 9 de la Ley que regula la forma y contenido del acuerdo arbitral podemos encontrar los principios a que nos hemos referido al comentar las modificaciones de la LM de 2006.

En el párrafo 3 del artículo 9 de la Ley⁵ se exige que el convenio arbitral conste por escrito.

El cumplimiento de la forma escrita se produce, en primer lugar, como es obvio mediante un documento *ad hoc* que está firmado por las partes que o bien contenga únicamente el contrato de arbitraje o bien lo inserte como parte de un contrato complejo⁶.

Pero la nueva Ley aclara que la forma escrita se cumple también si las declaraciones de voluntad de las partes resultan de un intercambio de comunicaciones, cualquiera que sea el tipo (carta, telegrama, télex o fax) siempre que en las comunicaciones quede constancia del acuerdo y, además, el documento sea

accesible en soporte electrónico, óptico o de cualquier tipo.

Entendemos que, aunque no lo diga expresamente la Ley, con este precepto está introduciendo una posible excepción a la regla de la escritura, pues, de acuerdo con dicho texto legal nada impide que los soportes electrónicos, ópticos o de otro tipo, como dice la Ley, contengan comunicaciones de carácter verbal, en cuyo caso podría haber un problema de autenticidad del soporte pero no un problema de validez formal.

Por otra parte, en aplicación de lo previsto en el párrafo 4 del citado artículo 9 se considera que el convenio arbitral esta correctamente formado y la forma escrita cumplida cuando en sus declaraciones las partes se remitan a documentos o comunicaciones del tipo de las mencionadas anteriormente, si bien, en este caso parece que debe existir un doble escrito: aquel al que se produce la remisión y aquel que la realiza⁷.

Finalmente, el párrafo 5 del citado artículo recoge también lo preconizado en las modificaciones de 2006 de la LM en el sentido de 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*”.

⁵ Art. 9 párrafo 3: “El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, telex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo”.

⁶ Art. 9 párrafo 1: “El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente (...)”.

⁷ Art. 9 párrafo 4: “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 párrafo anterior”.

Entendemos que se trata de una presunción de existencia del convenio arbitral y de validez del mismo, cuando no haya sido presentado, en debido tiempo y forma, ante el árbitro. Puede discutirse si nos encontramos ante una norma sobre prueba o más bien ante un supuesto de inadmisibilidad de *venire contra factum proprium*. Es evidente que la parte que lo hubiera afirmado, no puede después desdecirse sin contravenir claramente las

reglas de la buena fé; y la parte que ante la afirmación de la otra nada ha dicho, parece que da su aprobación y tampoco puede después pretender cosa distinta.

La Ley contempla también el caso de los convenios arbitrales contenidos en un contrato de adhesión y en el párrafo 2 del repetido artículo 9 determina que la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contratos.

LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA Y EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

MONTSERRAT GUZMÁN PECES (*)

SUMARIO: 1. *Nociones previas.* 2. *La forma del convenio arbitral.* 3. *Análisis del artículo 9 de la Ley de arbitraje española.* 4. *Especial referencia al acuerdo arbitral en el contrato de parte débil.* 5. *El artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL.* 6. *La cláusula arbitral en el Convenio de Nueva York de 1958.* 7. *La ineficacia o inexistencia del acuerdo arbitral como motivo de denegación del exequátur en la jurisprudencia española más reciente.* 8. *Conclusiones.*

1. NOCIONES PREVIAS

En el arbitraje interno español desde la Ley 36/1988 se sustituye la existencia de un doble convenio arbitral por un sistema de convenio único para dotarle de una mayor simplicidad, alineándolo con las normas que se contienen en los Tratados internacionales. De este modo, se configura como un acuerdo subjetivo para la solución de conflictos, sometido con carácter general al principio de libertad formal, porque lo que realmente importa es la voluntad clara de las partes de someterse al arbitraje para la resolución

de conflictos. Además la voluntad de las partes está presente a lo largo de todo el procedimiento, dado que en el mismo convenio o en acuerdos adicionales, éstas deberán fijar si el arbitraje es *ad hoc* o institucionalizado, de derecho o de equidad; nombrar los árbitros; designar la ley aplicable; determinar el lugar de desarrollo o sede del arbitraje, entre otras cuestiones¹.

En la actualidad cada vez es más habitual que las partes incorporen en el contrato cláusulas tipo redactadas por instituciones arbitrales frente a los convenios elaborados en uso de la autonomía de la

(*) Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Alcalá de Henares.

¹ CORDÓN MORENO, Faustino. *El arbitraje en el Derecho Español: Interno e Internacional*. Pamplona: Aranzadi, 1995, pp. 36 y ss. Como señala el autor, las notas características a partir de la Ley 1988, son el respeto a la voluntad de las partes y la sustitución de la duplicidad convencional; la apertura al arbitraje institucional; la limitación de las causas de impugnación del laudo y, la intervención judicial se limita a labores de cooperación.

voluntad por los contratantes. Las ventajas del primer tipo son mayores puesto que la experiencia y especialización en el sector de la contratación es muy amplia, lo que garantiza que no existan problemas con los términos a la hora de su interpretación y aplicación² y, además cuando las partes deciden someter sus controversias ante estos organismos suelen ser conscientes de sus implicaciones (costes, agilidad y *exequatur* del laudo) y han descartado *a priori* dirigirse a la Jurisdicción ordinaria. Por tanto, se podría decir que a diferencia del rígido formalismo que existía en legislaciones anteriores, en la actualidad la tendencia hacia el antiformalismo es clara. El acuerdo deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes como requisito de su validez, pero también se contempla su existencia mediante intercambio de cartas o por cualquier otro medio de comunicación, sin establecer un *numerus clausus*, siempre que quede constancia del acuerdo. En este sentido, el requisito de la exigencia de escritura cede a favor de otras fórmulas más flexibles a condición de que resulte inequívoca la voluntad de las partes de someterse a arbitraje.

En definitiva el convenio arbitral se configura como el fundamento mismo del arbitraje, puesto que sin el acuerdo de las partes no existirá y además, en el caso de que éste sea válido actúa como un límite al desarrollo del mismo. Pero además si no existe acuerdo o éste resultara inválido, el

laudo resultante podría ser anulado, con el consiguiente perjuicio para las partes que verán dilatada en el tiempo la resolución de sus conflictos.

2. LA FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL

En este ámbito existen diferentes modelos de cláusulas arbitrales, siguiendo la clasificación efectuada por Fernández Rozas, irían desde aquellas que presentan un contenido muy general, a aquellas otras que contienen más especificaciones, incluso existen sectores del comercio internacional como es el caso, del sector marítimo que se caracteriza por la existencia de cláusulas tipo no sujetas a excesivos formalismos.

Un ejemplo típico de modelo de cláusula general nos encontramos en los convenios tipos de la CCI de París, según la cual “Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento”. Esta cláusula genérica en el que las partes acuerdan someter a arbitraje las desavenencias que se puedan suscitar respecto del contrato o relacionadas con éste, evita el problema de detectar si el objeto del litigio es una cuestión arbitrable o no, porque no se desprende de los términos exactos del acuerdo. Además esta Institución de

² FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Primera Edición. Madrid: Iustel, 2008, p. 634. Al contrario de lo que pudiera suponerse, el autor afirma que con independencia de la mayor o menor corrección al establecer una cláusula arbitral, si ésta presenta un contenido muy extenso puede generar problemas de interpretación poniendo en riesgo el procedimiento arbitral.

arbitraje suele recomendar a las partes que se designe el derecho aplicable, el número de árbitros, la sede y el idioma del arbitraje³. En cualquier caso, este modelo es de los más extendidos y en otros Centros de arbitraje especialmente de América Latina también utilizan este tipo de cláusulas tipo⁴.

Otra tendencia existente vendría con la aportación de una redacción más específica que ese extiende a la designación del número de árbitros, a la modalidad de arbitraje, la sede, el idioma. Este modelo es el de la Asociación Americana de Arbitraje (AAA). La cláusula tipo dispone “Cualquier controversia o reclamación que surja de o se relacione con el contrato será determinada por arbitraje conforme a las Reglas de Arbitraje Internacional de la AAA. Las partes podrían considerar agregar: a) El número de árbitros serán (uno o tres); b) El lugar del arbitraje será (ciudad/país); c) El idioma del arbitraje será (...)”.

Un tercer tipo de cláusula, contiene un gran número de disposiciones para las partes, es el caso de la que se contempla por parte del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago de Chile:

“Cualquier dificultad o controversia que se produzca entre los contratantes respecto de la aplicación, interpretación, duración, validez o ejecución de este contrato o cualquier otro motivo será sometida a Arbitraje, conforme al Reglamento Procesal de Arbitraje

vigente del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

Las partes confieren poder especial irrevocable a la Cámara de Comercio de Santiago A.G., para que, a solicitud escrita de cualquiera de ellas, designe al árbitro de derecho de entre los abogados integrantes del cuerpo arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago.

En contra de las resoluciones del árbitro de derecho procederán los recursos que correspondan de acuerdo a las normas generales, de los que conocerá un tribunal arbitral de segunda instancia, el cual estará compuesto por tres miembros abogados designados por la Cámara de Comercio de Santiago de entre quienes integran el cuerpo arbitral del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago, a petición escrita de cualquiera de las partes, a cuyo fin también le confieren poder especial irrevocable.

El Tribunal de primera instancia, como así mismo el de segunda, quedan especialmente facultados para resolver todo asunto relacionado con sus competencias y/o jurisdiccionales”.

Además de estos modelos, en la contratación internacional es habitual la existencia de cláusulas tipo formuladas por organizaciones profesionales vinculadas a contratos específicos. El ejemplo más paradigmático se da en el ámbito del Derecho marítimo. En estos casos, el convenio arbitral suele determinar la instancia arbitral y normalmente organismos como la CCI o el Comité Marítimo Internacional (CMI) tienen

³ *Ibidem. Op. cit.*; pp. 634 y 635.

⁴ *Ad exemplum* el Centro de Arbitraje de México, Corte de Arbitraje Internacional para el Mercosur, Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, Centro de Mediación y Arbitraje Comercial de la Cámara Argentina de Comercio.

redactadas una serie de reglas por expertos para una gran variedad de asuntos relacionados con el transporte marítimo, seguros marítimos, contratos de reparación y venta de embarcaciones entre otros⁵.

Por otro lado, conviene aquí destacar la importancia de la existencia de una voluntad clara e inequívoca de las partes de someter sus controversias a arbitraje y, de hecho, en la práctica surgen innumerables problemas, es lo que se ha denominado por la doctrina, las cláusulas patológicas⁶, refiriéndose con este término, a los problemas que incorporan aquellos convenios en los que se presentan dudas sobre la voluntad de las partes en someterse a arbitraje. En estos casos la intervención judicial se puede llegar a producir en una primera fase, cuando una de las partes acude a la Jurisdicción desconociendo la existencia de la cláusula compromisoria, o bien en la fase de anulación del laudo. Aunque la causa más habitual es la falta de voluntad de alguna de las partes, también se pueden producir defectos formales en cuanto a la falta de determinación del tipo de arbitraje, de la institución encargada,

de la clara voluntad de renunciar a la vía jurisdiccional, la designación por las partes de una ley derogada, la inclusión de condiciones obligatorias de difícil cumplimiento, etc. En este sentido, es de gran importancia la labor del juez a la hora de interpretar la cláusula compromisoria, identificando si es posible excluir la disposición sin invalidar el convenio arbitral, por constituir una imprecisión o error fáctico. Si la interpretación es estricta y rígida cualquier error determinará la invalidez del acuerdo arbitral, en este sentido, sería más adecuado que la labor integradora del Juez se concentrara en la búsqueda de la verdadera voluntad de las partes de establecer el arbitraje como un medio de solución de controversias futuras.

3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA

En relación con la normativa española el gran cambio respecto a la fundamentación y alcance del convenio arbitral se produjo en la Ley de 1988 que recoge y amplía la actual Ley de 2003⁷

⁵ ALVÁREZ RUBIO, Juan José. "Arbitraje marítimo y criterios de selección del Derecho aplicable al fondo de la controversia. Especial referencia al sector del transporte". *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Vol. XIII, 1997, pp. 60 y ss.

⁶ Vid. Sobre este aspecto, ARTUCH IRIBERRI, Elena. "El convenio arbitral defectuoso". *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Vol. XI, 1995, pp. 415-421.

⁷ Está en marcha un Anteproyecto de reforma de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje y de regulación del arbitraje institucional. Con esta modificación legislativa, como en la propia Exposición de Motivos se señala, se trata de impulsar el arbitraje, redefiniendo las funciones judiciales, tanto de apoyo como del conocimiento del recurso de anulación del laudo y el *exequatur* de laudos extranjeros, que ahora se atribuyen a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia. En este sentido, el artículo 11 del Anteproyecto, se faculta al Juez para sobreseer, a petición de parte, el litigio del que esté conociendo, cuando se encuentre sometido a arbitraje, con la excepción de que el convenio arbitral resulte nulo o ineficaz. Y ésta es la principal novedad, porque en la Ley del 2003 en el artículo 11.2 se establecía que la declinatoria no impediría la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales, sin entrar en si el acuerdo resultaba nulo o ineficaz.

que toma como referencia la Ley Modelo UNCITRAL. En efecto, el artículo 9 de la ley de arbitraje española, bajo la rúbrica “Forma y contenido del convenio arbitral” establece básicamente los requisitos formales que deben reunir el convenio para desplegar todos sus efectos. La ley de arbitraje de 1988, introdujo la sustitución del sistema de duplicidad de convenios: la cláusula compromisoria y el contrato de compromiso, refundiéndose las dos en un convenio único que abarcará tanto las controversias actuales como las futuras que puedan surgir entre las partes. En definitiva, se adopta para el arbitraje interno un sistema similar al existente en el arbitraje comercial internacional y que ya se contenía en Convenios internacionales en esta materia, como la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras⁸, y el Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional⁹.

Pues bien, la Ley del 2003 dedica el artículo 9 a la regulación de las cuestiones de forma y los efectos de la cláusula arbitral y, a pesar de lo que establece su rúbrica, el contenido del convenio arbitral se puede deducir de otros epígrafes del articulado de la Ley. En cuanto a los requisitos que condicionan la validez formal del acuerdo hay que señalar los siguientes:

1. La autonomía de la cláusula arbitral: En efecto, el convenio arbitral es un pacto accesorio e independiente que puede figurar incorporado al contrato principal o ser independiente al mismo porque en sí mismo el compromiso es una obligación contractual para la resolución de controversias por medios alternativos a la jurisdicción¹⁰. En efecto, el convenio arbitral es un contrato independiente y con sustantividad propia respecto del principal, por lo que la novación del contrato principal no afectaría a la cláusula arbitral. Aunque siguiendo a CORDÓN MORENO¹¹, si

⁸ BOE núm. 164, de 11 de julio de 1977.

⁹ El Convenio Europeo sobre Arbitraje comercial internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 (BOE núm. 238 de 4 de octubre de 1975) resulta de aplicación *inter partes* y como convenio complementario al Convenio de Nueva York de 1958. A diferencia de éste admite el acuerdo en forma no escrita siempre que las legislaciones de los Estados así lo establezcan y, regula la organización del arbitraje, la declinatoria del Tribunal arbitral y de los Tribunales judiciales nacionales y el derecho aplicable al procedimiento arbitral. Se aplica conforme al artículo I a los “acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieran sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de estipular un acuerdo o compromiso de este tipo, su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes” y el acuerdo o compromiso arbitral puede ser “una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado firmado por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes”.

¹⁰ DIEZ-PICAZO, LUIS. “El pacto compromisorio y la nueva Ley de Arbitraje”. En: *Anuario de Derecho Civil*, 1954, p. 1160.

¹¹ CORDÓN MORENO, Faustino, *Op. cit.*; pp. 58 y 59.

el acuerdo arbitral aparece incorporado a un contrato como una cláusula más, la nulidad del contrato principal basada en un vicio del consentimiento, invalidaría el pacto arbitral, porque aún siendo válido éste, carecía de operatividad por falta de objeto de litigio. En cualquier caso, se predica el carácter autónomo del convenio arbitral, porque en principio la nulidad del contrato no supone necesariamente la invalidez de la cláusula incorporada. Además ésta tiene un fundamento y función diferente lo que implica a su vez que la ley que rige la cláusula puede ser distinta a la ley que rige el contrato tanto en el arbitraje interno como internacional¹². Y así el párrafo primero del artículo 9 de la Ley, de manera muy similar a cómo se regula en el artículo 7.2 de la Ley Modelo UNCITRAL, lo expresa en los siguientes términos:

“El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, 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”.

2. La voluntad de las partes: La Ley de 1998 en el art. 5 establecía la obligación de expresar en el convenio la voluntad “inequívoca” de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de alguna de ellas a la decisión de uno o más árbitros. En la Ley de 2003, se elimina dicha expresión y la exigencia se concreta

simplemente en la voluntad de las partes de someter sus controversias al arbitraje, por lo que se da cabida a la sumisión tácita, máxime cuando el apartado quinto del artículo 9 establece que se considerará la existencia de convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia se afirme por una de las partes y no sea negada por la otra. No obstante, en este sentido hay que tener en cuenta que existen ciertos contratos en los que existe una parte débil de la relación jurídica, los denominados contratos de adhesión, en los que la validez del acuerdo arbitral está sometida a una serie de requisitos específicos. De hecho, el apartado segundo del citado artículo, precisa que la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por las normas aplicables a este tipo de contratos.

La cláusula arbitral vincula a las partes que voluntariamente han decidido someter sus controversias a arbitraje. Cuestión más controvertida es la de determinar si los terceros están obligados si se produce un cambio subjetivo en el convenio arbitral. La respuesta a esta cuestión plantea algunas dificultades, puesto que tendría que ser analizado si el convenio arbitral figura en una cláusula adicional del contrato principal o, en un acuerdo independiente. En mi opinión, teniendo en cuenta que la voluntad de las partes constituye la esencia misma del contrato y, que su inexistencia es motivo de nulidad del laudo, si no existe una voluntad libre y expresa del tercero no le debería afectar la obligatoriedad de la cláusula

¹² GONZÁLEZ CAMPOS, Julio. “Sobre el convenio de arbitraje en el Derecho internacional privado español”. *Anuario de Derecho Internacional*, 1975, p. 7.

arbitral¹³. En sentido contrario, se ha pronunciado VERDERA SERVER, al analizar la cesión del contrato, subrogación y el supuesto de los grupos de sociedades. En el caso de cesión, basándose en que la Ley del 2003 suprime el término “inequívoca” cuando hace referencia a la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, infiere que en este supuesto el cedido y el cesionario continúan vinculados por el convenio arbitral. Similar planteamiento realiza el citado autor, apoyado además en reciente jurisprudencia, en el caso de la subrogación, especialmente en el contrato de seguro cuando una de las partes tenía concertado un seguro y, al resarcir el daño, la aseguradora se subroga en la posición de la parte que estaba vinculada por un convenio arbitral. Respecto de los grupos sociedades, la doctrina resulta más reacia a la extensión del convenio arbitral a sociedades con personalidad jurídica no firmantes del mismo¹⁴.

3. La capacidad de las partes: La ley de 1988 señalaba específicamente que tanto las personas físicas como jurídicas tenían capacidad para obligarse mediante convenio arbitral, siendo necesario que contaran con el poder de disposición sobre la materia objeto de arbitraje. En cambio la Ley del 2003 no especifica en relación

a las partes. A esta cuestión resultará de aplicación las reglas generales en materia de contratación, con arreglo al artículo 1263 CC relacionando la capacidad para contratar con la capacidad para prestar el consentimiento. En mi opinión el menor emancipado, con el complemento de capacidad podría obligarse y, el incapacitado y el pródigo siempre que la sentencia de incapacitación o que declare la prodigalidad no le impusiera éste límite. Por su parte, en el arbitraje internacional la capacidad de las partes se regirá por su ley personal.

4. Materias objeto de convenio arbitral: Las partes pueden someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o que puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica contractual o no contractual (apartado 1º artículo 9). En este punto también se reproduce el criterio seguido en la Ley Modelo UNCITRAL, y la controversia derivada de la relación jurídica puede ser presenta o futura, y puede tener diverso contenido, patrimonial, personal, familiar, real, societaria, etc. siempre que la materia sea disponible a las partes. En cuanto a la controversia, implica necesariamente la existencia de un conflicto de intereses relevante jurídicamente¹⁵ y, en el caso de

¹³ La jurisprudencia española es bastante clara en este aspecto, *ad exemplum*, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 de febrero de 2003; Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 21 de mayo de 1998; Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén de 21 de julio de 1998; Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara de 12 de febrero de 2003. En todas ellas, se señala que el convenio arbitral únicamente podrá desplegar su eficacia con respecto a las partes que lo suscribieron sin que se pueda extender sus efectos frente a terceros que no intervinieron en el mismo. Sobre estos aspectos, Vid. VERDERA SERVER, Rafael. “Artículo 9”. En: BARONA VILAR, Silvia (Coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003)*, Thomson-Civitas, 2004, pp. 322-323.

¹⁴ ARTUCH IRIBERRI, Elena. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Eurolex, 1997, pp. 200 y ss.

¹⁵ DIEZ-PICAZO, LUIS. *El pacto compromisorio (...)* Op. cit.; p. 1164. También CORDÓN MORENO. *El arbitraje (...)* Op. cit.; p. 67.

que se trate de un convenio arbitral futuro, es conveniente delimitar la concreta controversia que puede dar lugar a la sumisión al arbitraje. Por su parte, respecto del arbitraje internacional la arbitrabilidad de la controversia y, en su caso las cuestiones de orden público tendrán que regirse de acuerdo con la ley de la sede del arbitraje¹⁶.

5. La forma de la cláusula arbitral: La ley del 2003 consagra un criterio de libertad de forma, con una tendencia clara al antiformalismo. Aunque si una de las partes impugna judicialmente el acuerdo arbitral, alegando su falta de voluntad o desconocimiento respecto del pacto, el juez analizará los aspectos formales, junto con la falta de voluntad clara y es muy probable que se deniegue el reconocimiento y ejecución del laudo. Pues bien, el apartado tercero del artículo 9 precisa que “El convenio arbitral deberá constar por escrito, en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de

telecomunicación que dejen constancia del acuerdo”. La exigencia de la constancia por escrito y su firma por las partes constituye la regla general¹⁷, pero se amplía a otras fórmulas de comunicación con constancia escrita e incluso a través de otros medios como consecuencia del avance de la tecnología, cada vez más utilizados en los arbitrajes internacionales¹⁸. En estos casos lo verdaderamente importante para apreciar la validez del convenio arbitral, es la voluntad “inequívoca” de las partes, término que aunque no se incorpora en la Ley del 2003, la Jurisprudencia utiliza en innumerables Sentencias analizadas.

Resulta claro que la enumeración de los otros formatos en los que puede constar el acuerdo, no es un *númerus clausus*, de hecho, la Ley hace mención a que el requisito de la constancia de la voluntad de las partes quedará cubierto si resulta “accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo”. En este sentido, se opta por una forma flexible adaptada a las nuevas

¹⁶ ALVÁREZ GONZÁLEZ, Santiago. “Arbitraje y derecho aplicable”. En: *Anotaciones al Título X de la Ley 36/1988 de Arbitraje, Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Vol. V, 1988-9, pp. 171-189.

¹⁷ En cualquier caso, la Jurisprudencia ha dejado claro que lo decisivo para la validez del convenio arbitral no es tanto la firma de las partes o la utilización de determinadas fórmulas como la prueba de la voluntad inequívoca de las partes contractuales de someter sus controversias a arbitraje, siendo destacable en este sentido cómo la jurisprudencia se pronuncia en contra de las “fórmulas sacramentales como condicionantes de la validez del acuerdo arbitral. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) núm. 433/2003 de 9 de mayo. Westlaw RJ/2003/3893. Y en el mismo sentido, Auto de la AP Madrid (Sección 21ª) de 15 de abril de 2004, en la que se anula el convenio arbitral por falta de voluntad de las partes de someter las cuestiones a arbitraje, a pesar de haber firmado la sumisión a arbitraje. Westlaw Jur/2004/247894; Sentencia de la AP de Madrid (Sección 13ª) núm. 498/2006 de 30 de octubre de 2006 (Asunto Sogecable), Westlaw AC/2007/1269 y, Sentencia del TS (Sala de lo Civil) núm. 64/2003 de 6 de febrero de 2003, Westlaw RJ/2003/850.

¹⁸ La obligatoriedad de que exista constancia del acuerdo arbitral, especialmente en los casos de que no conste en documento escrito firmado por las partes, queda reflejada en la legislación al exigir que “sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo” según establece el apartado segundo del artículo 9.3 de la Ley 60/2003.

tecnologías, que permitiría el acuerdo vía e-mail, video, etc.

Por otro lado, la cláusula arbitral puede figurar incorporada al contrato o, formar parte de un acuerdo independiente, pero en cualquier caso, hay que predicar el carácter autónomo e independiente del convenio arbitral respecto de del contrato principal. Incluso existe la posibilidad de la incorporación por referencia de un convenio arbitral que figure en un documento al que las partes se hayan remitido, siempre que conste y sea accesible para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo, que es lo que se ha venido a denominar “convenio arbitral electrónico”.

Además el apartado quinto del artículo 9 de la Ley de arbitraje admite la existencia, que ya contemplaba la Ley Modelo UNCITRAL, de un convenio arbitral entre las partes cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una de las partes y no negada por la otra. En este supuesto, se incorpora el acuerdo arbitral vía “sumisión tácita”, aunque en mi opinión, esta modalidad puede plantear problemas *a posteriori* si como en los casos anteriores, no es accesible para su ulterior consulta.

Finalmente, si el arbitraje es internacional (apartado sexto del art. 9), la validez del convenio y la arbitrabilidad de la controversia se regirá por la ley elegida por las partes, o bien por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia o, por el derecho español. Aunque hay que tener en cuenta que en cuanto a la materia objeto de arbitrio y el

orden público la sede del arbitraje juega un papel fundamental.

4. ESPECIAL REFERENCIA AL ACUERDO ARBITRAL EN EL CONTRATO DE PARTE DÉBIL

Mención aparte merece el acuerdo arbitral contenido en los contratos de adhesión por los problemas que ha suscitado en la práctica y que han dado lugar a una numerosa jurisprudencia. Esta previsión se contenía en la Ley de arbitraje de 1988 (artículo 5.2) y, se ha trasladado a la Ley del 2003. En efecto, el apartado segundo del artículo 9 establece que en los casos en que “el convenio arbitral está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se regirán por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato”. La Ley de Condiciones Generales de la Contratación (artículo 5.2) se refiere de modo similar a esta cuestión, ya que establece que si el convenio arbitral se ha aceptado dentro de un contrato de adhesión la validez de este pacto y, su interpretación se acomodarán a lo prevenido por las disposiciones en vigor respecto de estas modalidades de contratación. Ahora bien, el acuerdo arbitral inserto en el contrato, por ejemplo de consumidores, puede resultar perjudicial para la parte débil, por constituir un abuso en perjuicio del justo equilibrio en las prestaciones contractuales; pero si la cláusula arbitral es negociada *a posteriori* y, reúne los requisitos que establece el artículo 10.4 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios (LGDCU), esto es, se cumple con la legislación específica y la cláusula resulta clara y explícita, el planteamiento resulta

radicalmente distinto. En este sentido, la citada Ley considera “abusiva” la sumisión a arbitrajes distintos del consumo, salvo que se trate de órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales para un sector específico.

En la práctica viene detectándose, especialmente en contratos de servicios de telefonía, como un consumidor recibe una comunicación por parte de un Juzgado, de la ejecución de un laudo arbitral dictado con motivo de un conflicto mantenido con la empresa suministradora del bien o servicio¹⁹. Además el laudo procede de un órgano arbitral privado distinto al previsto por la legislación de consumo. Al consumidor sólo le queda el ejercicio de anulación del laudo mediante las causas tasadas que se establecen en el art. 41 de la Ley de Arbitraje. Normalmente siempre se reproducen los mismos hechos: el consumidor ha firmado un contrato con la empresa suministradora en el que estaba incluida una cláusula de arbitraje, cuyo contenido y alcance suele ser ignorado. Existe numerosa jurisprudencia reputando estas cláusulas como abusivas por suponer un desequilibrio contractual para una de las partes. A estos efectos, podemos señalar el Auto núm. 16/2009 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15ª) de 15 de enero de 2009, sobre cláusula

arbitral en contratación de alta en telefonía móvil. Se solicitaba la ejecución del laudo arbitral, dictado por árbitro designado por la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE), en el que se condenaba a la parte demandada que como usuario, persona física, suscribió con la sociedad demandante el contrato. La Sala entiende que la cláusula arbitral en la medida en que se encuentra inserta como condición general en un contrato de adhesión celebrado por un consumidor²⁰ es nula de pleno derecho y por tanto deber tenerse por no puesta conforme al artículo 10 de la LGDCU. Y entre las cláusulas que se consideran nulas expresamente en el número 26ª de la Disposición Adicional 1ª de la citada la ley, se menciona la sumisión a arbitrajes distintos del de consumo, salvo los creados por normas legales para un sector o un supuesto específico. A estos efectos se analiza como resulta de aplicación el precepto atendiendo a los siguientes criterios:

Primero, la cláusula no ha sido negociada individualmente ya que el contrato es un impreso de la empresa distribuidora de un servicio en el que aparece la cláusula inserta en el mismo, siendo la misma en todos los casos por lo que reúne el carácter de condición general.

¹⁹ OROZCO PARDO, Guillermo. “El pacto de sumisión arbitral como cláusula abusiva”, *Revista Aranzadi Civil*. Núm. 22/2008. <http://www.westlaw.es>

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Única) núm. 433/2003 de 9 de mayo de 2003, Westlaw RJ 2003/3893. Los litigantes eran una empresa porteadora y una aseguradora del sector pesquero cuyos buques faenaban en caladeros oceánicos con capacidad para capturar y congelar a gran escala. La Sala entiende que no son aplicables las cautelas del art. 5.2 de la Ley de Arbitraje de 1988, ni la jurisprudencia protectora del consumidor como parte contratante débil, ya que no existen razones para suponer que la negociación entre empresa porteadora extranjera y empresas pesqueras españolas no se hizo en pie de igualdad.

Segundo, la remisión al arbitraje no se realiza a una institución pública como son las Juntas de Consumo a las que se refiere el art. 31 de la LGDCU²¹ sino a una asociación de carácter privado que además ha asesorado previamente a la empresa oferente.

Tercero, la cláusula es claramente perjudicial a los intereses del consumidor y el justo equilibrio de los derechos de las partes, dado que se le impide al consumidor acudir a la jurisdicción ordinaria o a una institución arbitral con garantías de imparcialidad como es la institución arbitral de consumo, en la que participan la Administración Pública y profesionales que asesoran a las dos partes. Además, resulta frecuente que se obligue al consumidor a acudir a defenderse a una localidad ajena a su domicilio, lo que unido a la baja cuantía de las reclamaciones, dificulta e imposibilita la defensa. Y lo que resulta más preocupante, con independencia de la estimación o desestimación de la reclamación, es el dato de que los costes del proceso arbitral, de cuantía elevada, corren a cargo de la parte que incumplió el contrato, que normalmente suele ser

el consumidor. La Sala en éste caso entiende que la protección que la Directiva comunitaria 93/13 CE del Consejo de 5 de abril de 1993 confiere a los consumidores en relación con las cláusulas abusivas, se extiende a los supuestos en los que el consumidor haya celebrado un contrato con un profesional en el que figure este tipo de cláusulas y no invoque el carácter abusivo de las mismas bien porque ignore sus derechos, o bien, porque los gastos que conlleva el ejercicio de una acción ante los Tribunales le disuadan del derecho de defensa. En este sentido se faculta al Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de la cláusula en cuestión²².

5. EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY MODELO UNCITRAL

El avance de los medios tecnológicos en el sector comercial ha originado un gran debate en el seno de la UNCITRAL²³ al considerarse necesario que se avanzara en otras fórmulas de acuerdo o cláusula arbitral más allá de la forma escrita. Especialmente activo se mostró el gobierno mexicano cuya posición desde el principio

²¹ El art. 31 de la LGDCU, ha sido modificado parcialmente mediante la Ley 44/2006 de 29 de diciembre que adiciona un nuevo párrafo con el siguiente tenor literal: "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 arbitrajes 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".

²² En el mismo sentido, *Vid.* Auto de la AP de Barcelona (Sección 15ª), de 15 de enero de 2009. Westlaw JUR/2009/174619; Auto de la AP de Madrid (Sección 21ª) de 19 de diciembre de 2007. Westlaw AC/2007/2059; Auto de la AP de Barcelona (Sección 15ª) de 8 de febrero de 2006. Westlaw AC/2006/2042; Sentencia de la AP de Sevilla (Sección 5ª) de 2 de febrero de 2001. Westlaw AC/2001/430; y Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades (Sala Quinta). Asunto Commissiones Nazionale per le Società e la Borsa, de 21 de noviembre de 2002. Westlaw TJCE/2002/343.

²³ <http://www.uncitral.org>.

iba en la vía de eliminar el requisito de la forma escrita y avanzar hacia un sistema de libertad formal. Los trabajos de reforma sobre este aspecto en la UNCITRAL no lograron la unanimidad deseada por lo que finalmente se mantuvieron dos opciones²⁴ que analizaremos a continuación.

La primera opción del artículo 7 sería:

<<1. El “acuerdo de arbitraje” es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la forma de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente.

2. El acuerdo de arbitraje deberá constar por escrito.

3. Se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio.

4. El requisito de que un acuerdo de arbitraje conste por escrito se cumplirá con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta. Por “comunicación electrónica” se entenderá toda comunicación que las partes hagan por medio de mensajes de datos. Por “mensaje de datos” se entenderá la información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos, magnéticos, ópticos o similares como pudieran ser, entre otros, el intercambio electrónico

de datos, el correo electrónico, el telegrama, el télex o el telefax.

5. Además, se entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando esté consignado en un intercambio de escritos de demanda y contestación en los que la existencia de un acuerdo sea afirmada por una parte sin ser negada por otra.

6. La referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria constituye un acuerdo de arbitraje por escrito, siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato>>.

Y la segunda opción de definición de cláusula arbitral, también aprobada por la 39ª Sesión de la Comisión tendría la siguiente redacción:

<<El “acuerdo arbitral” es un acuerdo por el que las partes deciden someter todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no>>.

Por lo que respecta a la primera opción, aunque se parte de la forma escrita del acuerdo arbitral con carácter general, se amplía a otras fórmulas como el intercambio de escritos de demanda y contestación; se equipara la comunicación electrónica a la presentación escrita y, lo que se ha considerado que es uno de los principales logros, esto es, la posibilidad de alegar la existencia del acuerdo arbitral verbal, sin que la otra parte lo niegue. Además se admite la posibilidad de que el acuerdo sea incorporado por referencia. Y en relación con el acuerdo

²⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. *Tratado del arbitraje (...)*. Op. cit.; pp. 658-659.

arbitral a través de medios tecnológicos se equipara a la forma escrita y, en el caso de la comunicación electrónica y mensajes de datos se parte de una calificación autónoma, siempre que la información allí consignada resulte accesible para su ulterior consulta. Este modelo es el que se impuso en la Ley de arbitraje española del 2003 que acabamos de analizar. En definitiva, valoramos muy positivamente la flexibilización de los requisitos formales en el acuerdo arbitral y su adaptación a las necesidades del tráfico comercial internacional, avanzando más en los planteamientos de carácter subjetivo, puesto que, lo verdaderamente relevante sigue siendo la voluntad de las partes de someter sus controversias presentes o futuras al arbitraje.

En cuanto a la segunda de las opciones propuestas, es más acorde con algunos de los planteamientos, que opinan que cuanto más genérica sea la cláusula arbitral, menos problemas se plantearán en la fase de inicio y a la hora de la ejecución del laudo arbitral. Pues bien, aquí el artículo 7 se limita a definir qué se tiene que entender por “acuerdo de arbitraje”, extendiendo la posibilidad de que las partes decidan si quieren que todas o algunas de sus controversias (presentes o futuras) se resuelven por esta vía y, se encontrarían incluidas relaciones jurídicas de carácter contractual o no. Pero como ha señalado FERNÁNDEZ ROZAS²⁵ a partir de aquí se produce un problema de formación del contrato y de la prueba de su existencia, por lo que o, el árbitro o, el juez,

si alguna de las partes lo plantea como excepción, tendrá que probar la existencia del convenio arbitral. Avanzando más en estos planteamientos, a la hora del *exequatur* del laudo arbitral extranjero, conforme al Convenio de Nueva York de 1958, no se ha previsto una reforma del texto de la Convención por lo que se pueden plantear ciertos problemas. De hecho la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 7 de julio de 2006, en su sesión de 39º período de sesiones, partiendo de la necesidad de la promoción del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales ha elaborado dos recomendaciones en relación con la interpretación del párrafo 2 del artículo II y del párrafo 1 del artículo VII del citado Convenio²⁶:

<<1. Recomienda que el párrafo 2) del artículo II, de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas;

2. Recomienda que el párrafo 1) del artículo VII de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecha en Nueva York el 10 de junio de 1958, se aplique de forma que permita a toda parte interesada acogerse a los derechos que puedan corresponderle, en virtud de las leyes o los tratados del país donde se invoque el acuerdo de arbitraje, para obtener el reconocimiento de la validez de ese acuerdo de arbitraje>>.

En definitiva, se propone una interpretación menos rígida que facilite

²⁵ *Ibidem*. Op. cit.; pp. 661-662.

²⁶ http://www.uncitral.org/uncitral/es/uncitral_texts/arbitration/NYConvention.html

la incorporación de las tendencias más actuales, recogidas en muchas legislaciones, en cuanto a la forma de la cláusula arbitral, reconociendo el derecho de las partes a acogerse a leyes o tratados que prevean un tratamiento más favorable que el del Convenio de Nueva York, para promover el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros.

6. LA CLÁUSULA ARBITRAL EN EL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958

La nota más característica del Convenio es el elevado número de ratificaciones, en torno a 150 países han ratificado este instrumento internacional y el ámbito de aplicación universal²⁷ en relación al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales procedentes de otros países, con independencia de que fueran parte o no en la Convención. Además está previsto que los Estados contratantes declaren su aplicación sólo a los litigios surgidos de relaciones contractuales o no, consideradas comerciales por su derecho interno.

Una de las cuestiones que preocupa es la interacción entre este Convenio y otros instrumentos internacionales, de

hecho el apartado segundo del artículo VII establece que el Protocolo de Ginebra de 1923, relativo a las cláusulas de arbitraje y la Convención de Ginebra de 1927²⁸ sobre ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, dejará de surtir efectos entre los Estados contratantes al ratificarse el Convenio de Nueva York. No sucede así con los acuerdos de carácter multilateral o bilateral²⁹ relativos al reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales concertados por los Estados contratantes, ni afectará a la validez de una sentencia arbitral en la forma admitida por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia sea invocada (apartado primero del artículo VII). Esto es, en principio en caso de duda sobre la operatividad de un instrumento convencional sobre otro, habría que tener en cuenta que el objetivo fundamental en esta materia, es conseguir que el laudo extranjero se pueda reconocer y ejecutar en otro Estado y, en este sentido es aconsejable acudir a procedimientos más flexibles y ágiles que constituyen el fundamento del arbitraje³⁰.

En el artículo II del texto se establece la obligación por parte de los Estados contratantes de reconocer el acuerdo arbitral por escrito conforme al cual las

²⁷ El artículo X del Convenio de Nueva York de 1958, prevé que "Todo Estado podrá declarar, en el momento de la firma, de la ratificación o de la adhesión, que la presente Convención ser hará extensiva a todos los territorios cuyas relaciones internacionales tenga a su cargo o a uno o varios de ellos. Tal declaración surtirá efecto a partir del momento en que la Convención entre en vigor para dicho Estado (...)".

²⁸ Esta Convención ha tenido escaso alcance en América Latina, ya que tan sólo ha sido firmada por Bolivia, Nicaragua, Brasil y Perú.

²⁹ Han firmado Convenios bilaterales en esta materia: Suiza, Francia, Italia, Checoslovaquia, México, Brasil, China, Bulgaria, Marruecos y Uruguay.

³⁰ CUARTERO RUBIO, M^a Victoria. "Reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros en España: la vía de los convenios bilaterales". *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XII, 1996, pp. 37 y ss.

partes se obligan a someter a arbitraje todas o algunas de las diferencias presentes o futuras que puedan surgir entre ellas con respecto a una determinada relación jurídica contractual o no, siempre que el asunto puede ser resuelto mediante arbitraje. Y en el párrafo segundo se define mediante una calificación autónoma la expresión “acuerdo por escrito” con el siguiente tenor literal: “denotará una cláusula compromisoria incluida en un contrato o compromiso, firmado por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”. Resulta por tanto evidente la transcendencia que en el texto convencional se le da a la forma escrita del acuerdo y a la importancia de la firma del mismo, aunque entiendo que este último aspecto por sí sólo sería subsanable si existe voluntad de las partes de someterse a arbitraje³¹, frente a otras fórmulas más adaptadas a los avances tecnológicos y a las transacciones comerciales internacionales.

El problema puede surgir si se atiende al tenor literal del “acuerdo por escrito” y

se realiza una interpretación restrictiva por parte del Juez, ya que para obtener el reconocimiento y la ejecución del laudo deberá presentarse junto con la demanda, el original debidamente autenticado de la sentencia o una copia de ese original debidamente autenticada³² y, el original del acuerdo arbitral (conforme al artículo IV) o una copia del mismo³³. A estos efectos, cualquier acuerdo suscrito por las partes en el que no quedara constancia escrita (contrato, cartas o telegrama) podría ser rechazado en esta fase, si no se efectuara una interpretación flexible³⁴. Además la parte a la que el laudo no le favoreciese podría alegar que el acuerdo no existió o que resultó inválido.

Es decir, antes de plantearse los motivos de denegación del reconocimiento y ejecución del laudo, si el Juez nacional entiende en aplicación del Convenio que el formato en el que se presenta el convenio arbitral no es el exigido, puede no continuar con las actuaciones tendentes al reconocimiento. Además a la parte contra

³¹ Auto del TS (Sala de lo Civil) de 6 de octubre de 1998, por el que se deniega el *exequatur* de un laudo dictado por la CCI de París, fundamentado en la inexistencia de firma ni declaración alguna de la demandada que ponga de manifiesto su voluntad de someterse a arbitraje. Westlaw RJ 1998/7171.

³² Auto del TS (Sala de lo Civil, Sección Única) de 4 marzo de 2003, en el que se declara que la falta de aportación con la demanda de la copia auténtica de la resolución es un defecto subsanable y se permite la aportación posterior a requerimiento del Tribunal. Westlaw JUR 2003/87950.

³³ Auto del TS (Sala de lo Civil) de 7 de julio de 1998, en el que se deniega el *exequatur* de un laudo dictado por la CCI de París, en aplicación del Convenio de Nueva York de 1958, en lugar del Convenio entre España y Francia de 28 de mayo de 1969. El TS interpreta el artículo IV y II del Convenio y deduce que no existe la clara voluntad de las partes de someterse a arbitraje. Westlaw RJ 1998/6235.

³⁴ Auto del TS (Sala de lo Civil) de 28 de noviembre del 2000. La Sala entiende que procede el *exequatur* del laudo arbitral extranjero, conforme a los requisitos previstos en el Convenio de Nueva York de 1958, al entender que existía convenio arbitral entre las partes, deducido de las comunicaciones de las intermediarias de las partes a través de teleimpresor o telefax. Westlaw RJ/2001/703. Y en sentido similar, Auto del TS (Sala de lo Civil) de 31 de julio de 2000. Westlaw RJ/2000/6875.

la que se solicita el reconocimiento puede impugnarse el laudo arbitral si acredita la inexistencia del acuerdo arbitral y ésta es una de las causales más invocadas³⁵, siendo objeto de prueba la inexistencia de una verdadera voluntad de someter el asunto a arbitraje.

7. LA INEFICACIA O INEXISTENCIA DEL ACUERDO ARBITRAL COMO MOTIVO DE DENEGACIÓN DEL EXEQUÁTUR EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA MÁS RECIENTE

Como regla general para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros resultan aplicables las normas contenidas en el Convenio de Nueva York de 1958, aunque exista un Tratado bilateral con el Estado del que emana el laudo. Respecto de los motivos de oposición al reconocimiento que se fundan en el incumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo IV del Convenio, éstos pueden ser examinados de oficio por el Juez, mientras que las causas de oposición fundadas en el artículo V exigen previa denuncia y prueba de su concurrencia, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Por tanto, en relación a las primeras causas de oposición y respecto del original del acuerdo arbitral, entienden nuestros Tribunales que la certificación expedida por la institución arbitral no es

hábil para tener por satisfecho el requisito exigido en el artículo IV. 1b) del Convenio, sino que corresponde al Tribunal del *exequátur* verificar su concurrencia, a los efectos del reconocimiento del laudo extranjero, “al margen y con independencia del juicio del árbitro o del órgano arbitral sobre la celebración del acuerdo sobre el arbitraje”³⁶. Es decir, el hecho de que un determinado órgano arbitral controle la existencia de la cláusula arbitral no vincula al Juez requerido. El Tribunal Supremo considera que la satisfacción de este requisito exige la constancia, reflejada en los documentos aportados juntos con la demanda, de la voluntad de las partes de someter todas o algunas de las controversias que pudieran surgir en la ejecución de un determinado negocio jurídico al juicio de árbitros.

En este sentido, entienden los Tribunales que la voluntad de las partes no debe deducirse necesariamente del mantenimiento de relaciones comerciales plasmadas en telegramas, faxes, facturas, albaranes o cualesquiera otros documentos similares. Tampoco debe deducirse del silencio o inactividad de una de las partes ante la propuesta comercial efectuada por la otra parte, bien directamente, bien por incorporación por referencia de un formulario, o bien, a través de un mediador o corredor como viene siendo usual en el comercio internacional. El acuerdo arbitral debe ser aportado por la parte

³⁵ Auto del TS (Sala de lo Civil, Sección Única) de 1 de abril de 2003 en el que se deniega el exequatur de un laudo arbitral dictado en Inglaterra porque el solicitante no consiguió aportar el documento en donde se recogía el acuerdo arbitral en la forma exigida por el Convenio de Nueva York de 1958. Westlaw Jur 2003/118425.

³⁶ Auto de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3ª), núm. 180/2009 de 27 de abril de 2009. Westlaw JUR/2009/272093.

solicitante del *exequátur* y, en muchos de los supuestos analizados los contratos no aparecían firmados por las partes y, se incluía la incorporación de una cláusula tipo, que en muchos casos no se desarrolla en el propio contrato o anexo al mismo y, respecto de la cual la parte demandada manifestaba desconocer su contenido. En definitiva, se exige sin ningún género de duda que la voluntad de las partes de sumisión al arbitraje se presente como “decidida e incontestable”, sin que pueda atribuirse al silencio o inactividad la aceptación del compromiso.

8. CONCLUSIONES

En la actualidad existe una tendencia clara hacia la libertad formal de las cláusulas arbitrales admitiéndose otras fórmulas distintas a la escrita, más en consonancia con los avances tecnológicos, a condición de que el soporte resulte accesible para su posterior consulta. Éste ha sido el criterio seguido en la Ley de Arbitraje española del 2003 y en las reformas actuales introducidas en la Ley Modelo UNCITRAL, que han sabido adaptarse a la práctica del tráfico comercial internacional. No así, en el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales que sigue exigiendo su constancia escrita o su firma. En este sentido, aunque entiendo que existe un desfase en este punto, el Convenio se ha consolidado como un instrumento muy útil, de aplicación *erga omnes* en la mayoría de los Estados que lo han ratificado, desplazando a los Tratados bilaterales en esta materia y, los posibles obstáculos que se planteen en su aplicación, se solventarán dependiendo de la interpretación más o menos restrictiva de los Tribunales de los Estados parte.

Avanzando más en estos planteamientos, en la actualidad entiendo que se ha consolidado un modelo antiformalista. La forma del acuerdo arbitral no resulta relevante para valorar la voluntad de las partes de someter sus controversias a arbitraje. En el caso español, en términos generales la Jurisprudencia ha entendido que con independencia de que el acuerdo esté firmado o no, conste en un tipo de soporte u otro, lo verdaderamente relevante es que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje sea clara y decidida. El Juez asume un papel integrador y actúa como cooperador en el proceso arbitral para salvaguardar los legítimos derechos de las partes y el respeto a la voluntad de las partes que se configura como un elemento sustantivo en el arbitraje. En este sentido, el Juez del *exequatur* del laudo dictado en el extranjero, al analizar la existencia o invalidez de la cláusula arbitral, entra en el fondo del asunto: la existencia o no de una voluntad clara de las partes de someterse a arbitraje para resolver sus conflictos, renunciando a la Jurisdicción.

Por último, señalar que aunque la cláusula arbitral reúna todos los requisitos formales, si el Juez entiende que está contenida en un contrato de adhesión y una de las partes tiene la consideración de parte débil, por ejemplo el consumidor, valorará el contenido abusivo de la cláusula y, en la mayor parte de los casos concluirá en la inexistencia de voluntad de sumisión a un arbitraje. Dejando libre claro está, la posibilidad de acordar un arbitraje específico en ese sector en el que una de las partes no se encuentre en una posición de inferioridad jurídica respecto de la otra.

LOS EFECTOS DEL CONCURSO INTERNACIONAL SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL: UNA APROXIMACIÓN EUROPEA

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL (*)
MARTA CASADO ABARQUERO (**)

SUMARIO: 1. *La tensión entre concurso y arbitraje: ¿vis attractiva concursus?*
2. *El modelo español de insolvencia internacional. 2.1. Reglamento comunitario de Insolvencia. 2.2. La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.*
3. *Naturaleza jurídica del Convenio Arbitral. 4. Convenios Arbitrales anteriores a la declaración de apertura del concurso. 4.1. Tesis contractualista. 4.2. Tesis procesalista. 5. Convenios Arbitrales posteriores a la declaración de apertura del concurso.*

1. LA TENSIÓN ENTRE CONCURSO Y ARBITRAJE: ¿VIS ATTRACTIVA CONCURSUS?

Concurso y arbitraje constituyen estructuras procesales antagónicas en cuanto a naturaleza y objetivos respecta¹. Así, en los procedimientos concursales existe una importante presencia de intereses colectivos que condicionan el desarrollo del proceso concursal. Piénsese en este sentido en el principio de igualdad de trato a los acreedores o en la protección de los trabajadores.

Por el contrario, el arbitraje únicamente pretende dar respuesta a los intereses de las personas, físicas o jurídicas, sujetas al convenio arbitral. En este sentido, mientras el concurso se caracteriza por el centralismo y por un sistema colectivo de realización de derechos y de disposición ordenada del patrimonio del deudor², la institución arbitral responde a una lógica esencialmente descentralizadora.

Por ello, la relación entre arbitraje y concurso dista mucho de ser pacífica. Ambas instituciones atienden a objetivos

(*) Catedrático de Derecho Internacional Privado de la Universidad Pública de Navarra.

(**) Profesora de Comercio Internacional de la Universidad de Deusto.

¹ P. ANCEL. "Arbitrage et procédures collectives. *Rev. Arb.*, 1983, pp. 255 y ss.; LAZIC, V. *Insolvency proceedings and commercial arbitration*. La Haya, 1998, p. 35; ROSELL, J.; PRAGER, F. "International arbitration and Bankruptcy: United States, France and the ICC. *Journal of International Arbitration and Bankruptcy*", 2001, pp. 417-433.

² A. SCHWARTZ. "A contract theory approach to business bankruptcy". En: *Yale Law Journal*, 1998, pp. 1807 y ss.

de diversa naturaleza y ello hace que los problemas que se suscitan cuando una y otra entran en colisión resulten especialmente complejos (complejidad que se intensifica cuando se abandona la esfera interna y el supuesto presenta conexiones con más de un Estado). La cuestión que se plantea y que constituye el objeto del presente trabajo estriba en determinar qué norma debe resolver la tensión que puede originarse entre ambas instituciones procesales.

En principio, efecto típico de la apertura del concurso es, entre otros, la limitación de las facultades procesales del deudor, la restricción de las ejecuciones individuales y en algunos sistemas la instauración del principio de unidad de procedimiento y la *vis attractiva* del concurso. Así, por ejemplo, sucede con la Ley 22/2003, Ley Concursal española³. Esta ley interna se asienta sobre el principio de unidad legal y de sistema, principio que concibe la jurisdicción mercantil en relación a la materia concursal como exclusiva y excluyente⁴. De esta forma, es en la autoridad ante la que se sigue el procedimiento concursal en quien se centralizan todas las cuestiones que directa o indirectamente pudieran repercutir sobre el patrimonio del concursado.

Sin embargo, cuando el concurso adquiere una dimensión *supra* nacional la

intensidad de la *vis attractiva concursus* se relativiza en gran medida. En realidad, las únicas cuestiones sobre las que el sistema español de insolvencia internacional confiere competencia exclusiva al juez del concurso son las de naturaleza típicamente concursal, tales como las decisiones relativas a la apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia. Así, los artículos 3.1 del Reglamento de Insolvencia u 11 LC no alteran las reglas generales de competencia para las acciones civiles relativas a la existencia, validez, reclamación de cobro de deudas y cualesquiera otras acciones con sustantividad propia independientes de la existencia de un concurso. Pero es que, incluso en el caso de “acciones que derivan directamente del procedimiento de insolvencia y que guardan inmediata relación con éste”⁵, la *vis attractiva concursus* es relativa porque el administrador concursal que toma la iniciativa procesal y actúa como parte actora puede elegir entre dirigirse al juez del concurso o ante el tribunal que sería competente en virtud de las reglas generales de competencia. Por el contrario, cuando es el concursado quien ostenta la posición de demandado, se mantiene la competencia exclusiva del juez del concurso⁶.

La relativización de las *vis attractiva* del concurso cuando éste adquiere un carácter

³ BOE Nº 164, de 10 de julio de 2003.

⁴ PERALES VISCOSILLAS, P. “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003”. En: *Diario La Ley*. Nº 6035 y 6036. Sección Doctrina, 8 Junio, 2004, Año XXV, Ref. D-129.

⁵ Expresión directamente tomada del artículo 25.1 del Reglamento de Insolvencia.

⁶ En este sentido, conclusiones del Abogado General D- Ruiz-Jarabo Colomer asunto C-339/07. En palabras de HEREDIA CERVANTES, Ivan “resulta evidente que si el Reglamento de Insolvencia regula el reconocimiento de las decisiones alcanzadas en estas materias pese a que no hubieran sido dictadas por el juez del concurso es porque admite la competencia judicial internacional de éstos para resolverlos, competencia que, evidentemente, deberá asumirse de acuerdo a las reglas ordinarias” (*Arbitraje y concurso internacionales*, Cizur Menor: Civitas, 2008, p. 73).

internacional se explica si tenemos en cuenta que en el ámbito internacional imponer la centralización de toda controversia que tenga cualquier relación con la masa concursal privando a terceros de los tribunales que inicialmente les correspondería supondría una carga procesal excesiva que en muchos casos podría desembocar en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, especialmente en aquellos supuestos en que un sujeto, como consecuencia del procedimiento concursal, se ve obligado a litigar ante unos tribunales extranjeros⁷. En este sentido, la diferente ponderación de los intereses existentes en un concurso internacional obliga a flexibilizar la exclusividad de la competencia del juez del concurso.

Por todo ello, la solución al conflicto entre concurso internacional y arbitraje debe buscarse en el sistema español de insolvencia internacional. Es decir, es en el Reglamento Comunitario de Insolvencia⁸ y en los artículos 199 a 230, relativos al concurso *supra* nacional, de la Ley Concursal española.

2. EL MODELO ESPAÑOL DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL

Las normas concursales que se integran en el ordenamiento jurídico

español, tanto de producción comunitaria como de producción interna, se acogen a un sistema que la doctrina ha convenido en denominar “modelo de universalismo mitigado”⁹. Este modelo distingue entre un procedimiento principal, que alcanza la integridad de la masa activa cualquiera que sea el lugar en el que se halle, y uno o varios procedimientos territoriales que limitan los efectos del primero. De hecho, los procedimientos territoriales circunscriben su eficacia a los bienes del deudor situados en el Estado de su apertura, excluyéndolos del procedimiento principal y, por lo tanto, corrigiendo o limitando el alcance universal de éste pero sin menoscabar el propósito perseguido por el mismo. Concluido el procedimiento territorial, el procedimiento principal recupera plena eficacia.

El procedimiento principal debe necesariamente abrirse donde el deudor tenga su centro de intereses principales, que normalmente coincidirá con el lugar donde tenga su domicilio social. Su efectividad internacional queda condicionada a que la decisión de su apertura y demás resoluciones que en el curso del mismo se vayan dictando sean reconocidas y ejecutadas en otros de los Estados en que el deudor tenga un establecimiento. En este punto, el modelo de universalismo mitigado exige una conexión más estable, como es

⁷ CARBALLO PIÑEIRO, L. *Acciones de reintegración de la masa*. Ed. Universidad Santiago de Compostela, 2005, pp. 141-146.

⁸ Reglamento (CE) 1346/2000, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia (DO L 160, de 30 de junio de 2000, rectificación de errores DO L 176, de 5 de julio 2002).

⁹ Sobre los diferentes modelos normativos, *vid.* M. VIRGÓS y F.J. GARCIMARTÍN. *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*. Madrid: Civitas, 2004, pp. 21-28 y bibliografía que allí se cita.

la presencia de un establecimiento, y se aparta del modelo territorial estricto, que únicamente exige la existencia de bienes del deudor en el Estado de que se trate.

En relación con los procedimientos territoriales, estos pueden ser independientes o secundarios. Los primeros constituyen una excepción, únicamente procedente cuando lo soliciten los acreedores locales y no sea posible la apertura del procedimiento principal. No obstante, si llegado el momento se iniciara un procedimiento principal en otro Estado, este procedimiento territorial, inicialmente independiente y autónomo, se convertiría en un procedimiento de carácter secundario. Los procedimientos

territoriales de carácter secundario, por su parte, pueden permitir llevar a cabo una gestión eficaz del concurso cuando la complejidad del procedimiento derive tanto de la composición de la masa activa, como de las diferencias entre los diferentes sistemas jurídicos. En estos casos, se permite la apertura de procedimientos secundarios subordinados al principal que administren la masa activa y pasiva de carácter local bajo una serie de reglas tendentes a asegurar la cooperación entre autoridades concursales y la coordinación de los procedimientos¹⁰.

De esta forma, el modelo de universalismo mitigado combina las

¹⁰ Las reglas que establecen ejemplifican el alcance de este deber de cooperación, configurando su contenido mínimo al señalar expresiones y formas concretas del mismo. Por ejemplo, la primera manifestación que se contempla es el intercambio, por cualquier medio, de la información que pueda ser útil para el otro procedimiento. El listado dado por el *Informe VIRGÓS/SMITH sobre el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia* puede ayudar a concretar el contenido de la información objeto de intercambio. Así, por ejemplo, señala las cuestiones relativas a la composición de la masa activa, las acciones previstas o promovidas para la recuperación de activos (tales como demandas de pago o acciones revocatorias), las posibilidades de liquidación del activo, la verificación de los créditos y la impugnación de los mismos, la prelación de créditos, las medidas de saneamiento previstas, los convenios propuestos y los planes de distribución de dividendos, así como las vicisitudes y el estado en que se encuentran los diferentes procedimientos concursales. En cualquier caso, el deber de información no es absoluto e ilimitado y, como no podía ser de otro modo, sus límites se construyen sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Por ello, el intercambio de información deberá en todo caso, respetar las normas que amparen el secreto o la confidencialidad de los datos objeto de la información o que de cualquier modo los protejan. Una segunda manifestación expresa del deber de cooperación la constituye la coordinación de las administraciones concursales, que necesariamente debe traducirse en una actuación concertada de las mismas en lo que a la administración y control del patrimonio y de las actividades del deudor se refiere. Piénsese que los procedimientos concursales abiertos pueden tener finalidades muy diversas. Así, puede plantearse la hipótesis de que uno de ellos pretenda la liquidación de los bienes del concursado y, por el contrario, otro, el saneamiento de su patrimonio y la continuación de actividades. Igualmente, se contempla la posibilidad de que la administración concursal del procedimiento secundario permita al representante del procedimiento principal la presentación de propuestas de convenio o de planes de liquidación relativas a la utilización de los activos del procedimiento territorial. Pero sin duda, la expresión máxima de este deber de cooperación la constituye la obligación, una vez satisfechos todos los créditos del procedimiento territorial, de destinar el excedente a la masa activa del procedimiento concursal principal. En cualquier caso, las manifestaciones concretas del deber de cooperación previstas no constituyen un elenco cerrado y son múltiples las expresiones que éste puede adoptar.

ventajas de ambos modelos normativos e intenta paliar sus deficiencias puesto que, como parece lógico, en ocasiones será aconsejable un único procedimiento principal, en otras puede ser preferible uno o varios procedimientos territoriales o, incluso, si concurren las circunstancias para ello, puede ser deseable un procedimiento principal con uno o varios procedimientos territoriales.

2.1. Reglamento comunitario de insolvencia

El Reglamento de insolvencia en ningún momento ha pretendido establecer una regulación material uniforme del Derecho de insolvencia, cuestión harto complicada si tenemos en consideración la pluralidad de concepciones nacionales, en ocasiones contrapuestas, que al respecto se mantienen. Partiendo de la diversidad y del respeto al Derecho de insolvencia de cada país, ha establecido un catálogo uniforme de normas sobre competencia judicial internacional, sobre ley aplicable y sobre reconocimiento y ejecución de decisiones, en ocasiones acompañadas por determinadas normas procesales y materiales que únicamente persiguen el buen funcionamiento del sistema de Derecho internacional privado concursal diseñado por el Reglamento y, por lo tanto, coherentes con los principios de necesidad y proporcionalidad que inspiran el ordenamiento jurídico comunitario¹¹.

Como reglamento comunitario que es, tiene un alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro sin necesidad de trasposición al ordenamiento jurídico interno siempre que concurren sus presupuestos de aplicación. Concretamente, el reglamento es únicamente aplicable a aquellas situaciones de insolvencia que tengan una conexión comunitaria, entendiendo que ésta concurre cuando el deudor tenga su centro de intereses principales en el territorio de un Estado miembro, con independencia de la nacionalidad del concursado. Y dentro de los procedimientos con conexión comunitaria, el Reglamento, únicamente se ocupa de los aspectos intracomunitarios de los mismos.

Llegados este punto, se impone realizar una precisión respecto al alcance del concepto “*centro de intereses principales*”, puesto que para aplicar el Reglamento no es suficiente el hecho de que el deudor tenga un establecimiento en territorio comunitario: es preciso que tal establecimiento constituya el centro de sus intereses principales, entendiendo por tal el lugar donde el deudor ejerce de modo habitual, y, por lo tanto, reconocible por terceros, la administración de sus intereses¹². A pesar de todo, el alcance de este concepto jurídico indeterminado puede plantear dudas iniciales. Para resolverlas puede servir de ayuda las precisiones hechas por el Informe Virgos/Schmit sobre el Convenio relativo a los

¹¹ En este sentido, los Considerandos 4, 5 y 6 del Reglamento.

¹² Considerando 13.

procedimientos de insolvencia, de 8 de julio de 1996¹³. Este informe interpreta lo que debe entenderse por los dos elementos de la ecuación. Esto, por “intereses” y por “principales”. En relación con los primeros, la noción comprende no sólo las actividades industriales y profesionales del deudor, sino la actividad económica en general, haciendo extensible este concepto a las actividades de los particulares. En relación con el carácter principal de los mismos, entiende que únicamente introduce un criterio de selección en los supuestos en que el deudor realice actividades de distinto carácter que son administradas desde centros diferentes. No obstante, para facilitar su identificación establece que, en principio, el centro de los intereses principales de una persona que realiza una actividad profesional coincide con su domicilio profesional, el de una persona física con su residencia habitual y, finalmente, el de una persona jurídica con su domicilio social¹⁴.

2.2. Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

La Ley Concursal, por su parte, se aplicará únicamente a aquellas situaciones que queden fuera del ámbito de aplicación del Reglamento. Es decir, será aplicable cuando el procedimiento de insolvencia se abra en un Estado no miembro o en Dinamarca o cuando, pese a abrirse en uno de estos Estados, alcance a deudores no localizados en la Comunidad¹⁵. En definitiva, y como acertadamente ha señalado algún sector doctrinal, la Ley Concursal se ocupa de las relaciones *ad-extra* de la Comunidad, es decir a las que implican a Estados no miembros¹⁶.

No obstante, pese a esta duplicidad normativa, en la práctica los efectos de aplicar una u otra norma son relativamente similares puesto que, salvo contadas excepciones, la norma interna se inspira directamente en el reglamento comunitario

¹³ El Reglamento de Insolvencia tiene su antecedente legal en el Convenio relativo a los procedimientos de insolvencia, hecho en Bruselas, el 23 de noviembre de 1995. Este texto legal se adoptó en aplicación del actual artículo 293 del Tratado CE (antiguo 220) pero nunca entró en vigor pese a haber sido firmado por todos los Estados miembros a excepción de Gran Bretaña. Tras la reforma operado por el Tratado de Ámsterdam se propuso transformar ese convenio en un reglamento comunitario, razón por la cual el texto de ambos es muy similar y el informe explicativo del Convenio desempeña una función hermenéutica de primer orden en la interpretación y aplicación del Reglamento comunitario.

¹⁴ Artículo 3.1 del Reglamento.

¹⁵ El Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anejo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en sus artículos 1 y 2 excluye la aplicación a este Estado del Título IV del TCE, que lleva por rúbrica “*Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*”, de cualquier medida adoptada o de cualquier acuerdo celebrado con terceros en su virtud, así como de toda decisión interpretativa de sus disposiciones dictada por el TJCE. Sobre la posición particular de este Estado, ver M. HEDEMANN-ROBINSON. “The area of freedom, security and justice with regards to the U.K., Ireland and Denmark: The « Opt-in-Opt-outs » under the Treat of Amsterdam”. En: *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*. O’Keeffe-Twomey (eds.). Oxford: Hart Publishing, 1999, pp. 289-303.

¹⁶ J.L. IRIARTE ÁNGEL. “Comentario al artículo 199 LC”. En: *Tratado Práctico Concursal*, (Pedro Prendes Carril dir.). Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 793-795; M. VIRGOS/F.J. GARCIMARTÍN: “Comentario al artículo 199 LC”. En: *Comentario de la Ley Concursal* (Ángel Rojo y Emilio Beltrán, dirs.). Tomo II. Madrid: Thomson, Civitas, 2004, p. 2866.

y la coherencia de las soluciones está en mayor o menor medida garantizada.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO ARBITRAL

El efecto que la declaración del concurso produce sobre las cláusulas de arbitraje pactadas es claramente un efecto sobre un contrato, como lo demuestra el hecho de que hoy en día es clara la naturaleza jurídica del arbitraje, predominando la llamada tesis mixta, que supone acoger las dos grandes corrientes: la contractualista (el convenio arbitral es un contrato)¹⁷ y la procesalista (es una excepción procesal). De esta forma, se entiende que el convenio de arbitraje es un contrato en su origen, pero con efectos jurisdiccionales¹⁸.

Al ser el arbitraje una institución compleja se integra por varios elementos. El primero de ellos, el convenio arbitral,

es puramente contractual. El pacto o convenio arbitral es el elemento que crea el arbitraje, entendido como una institución de resolución de conflictos privada. El origen contractual del arbitraje lo confirma, en el ámbito interno, el artículo 11 de la Ley de Arbitraje¹⁹ relativo al convenio arbitral (“El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria”). Y en el ámbito internacional, el artículo II.2 del Convenio de Nueva York²⁰ (“La expresión ‘acuerdo por escrito’ denotará una cláusula compromisaria incluida en un contrato o compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas”) o el artículo I.2 a) del Convenio de Ginebra²¹ (“Se entenderá por acuerdo o compromiso arbitral, bien sea una cláusula compromisaria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato

¹⁷ Vid. CHILLON MEDINA, J.M. y MERINO MERCHAN, J.F. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Civitas, 1991, pp. 117-119 y pp. 283-285; FERNÁNDEZ DE LA GANDARA, L. y CALVO CARAVACA, A.L. *Derecho mercantil internacional*. Madrid: Tecnos, 1995, pp. 709-711; BERCOVITZ, “Artículo 1º”. En: *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. (Coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO). Madrid: Tecnos, 1991, p. 18; ARTUCH IRIBERRI, E. *El convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Madrid: Eurolex, 1997, pp. 45 y ss.

¹⁸ Entre los autores procesalistas la mayor parte de ellos se inclinan por entender que predomina el aspecto jurisdiccional sobre el contractual: MONTERO AROCA, J. “Artículo 2º”. En: *Comentario breve a la Ley de Arbitraje* (Dir. por J. MONTERO AROCA). Madrid: Civitas, 1990, p. 24; CORDON MORENO, F. *El arbitraje en el Derecho español: interno e internacional*. Pamplona: Aranzadi, 1995, pp. 29 y ss., con amplia exposición jurisprudencial favorable a la tesis contractualista, aunque se resalta la postura del Tribunal Constitucional que considera al arbitraje como un equivalente jurisdiccional; LORCA NAVARRETE, A.M.^a. *Derecho de arbitraje interno e internacional*. Madrid: Tecnos, 1989, p. 24.

¹⁹ Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (BOE nº 309, de 26 de diciembre de 2003).

²⁰ Convenio de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York. Instrumento de ratificación de 29 de abril de 1977 (BOE Nº 164, de 11 de julio de 1977).

²¹ Convenio de 21 de abril de 1961. Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional, hecho en Ginebra. Instrumento de ratificación de 5 de marzo de 1975 (BOE Nº 238, de 4 de octubre de 1975).

o compromiso separado firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes”).

No obstante lo indicado, y precisamente por la compleja naturaleza jurídica que reviste el arbitraje, lo cierto es que los efectos de la cláusula compromisoria se despliegan tanto en el plano sustantivo como en el plano procesal. Sin embargo, al ubicar la regulación de las cláusulas arbitrales en un precepto que lleva por rúbrica “Procedimientos arbitrales”, se deja traslucir la mayor importancia relativa que el legislador español parece haber concedido a la dimensión procesal del convenio arbitral.

En cualquier caso, bajo ningún concepto debe obviarse la naturaleza híbrida de las cláusulas compromisorias. La aplicación analógica y sin correctivo alguno de todos los principios que informan los procesos judiciales al convenio arbitral menospreciando el carácter contractual del mismo, conduciría a resultados contrarios a la naturaleza jurídica del convenio y a soluciones poco aptas para la regulación de los intereses en presencia.

4. CONVENIOS ARBITRALES ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE APERTURA DEL CONCURSO

Expuesto brevemente el marco jurídico aplicable, llega el momento de

determinar la eficacia que éste reconoce a los convenios arbitrales celebrados antes de la declaración del auto de apertura. La solución, tal y como se ha explicado anteriormente, viene dada tras su entrada en vigor el 31 de mayo de 2002 y siempre que se verifiquen sus presupuestos de aplicación, por el Reglamento de Insolvencia. Fuera de los supuestos en que éste resulte aplicable, será la Ley Concursal española la que dictamine el tratamiento que debe dispensarse al mismo.

En cualquier caso, pese a esta pluralidad normativa, ninguno de los dos textos legales contemplan de forma expresa el problema de la validez de los convenios arbitrales concluidos con anterioridad a la apertura del concurso. Este vacío normativo suscita numerosos interrogantes y nos obliga a recurrir a la analogía con otras instituciones similares reguladas expresamente por el Reglamento para proporcionar una solución acorde con la naturaleza jurídica del convenio arbitral.

Sin embargo, como se ha expuesto en el apartado precedente, la doble naturaleza jurídica, contractual y procesal, de los convenios arbitrales dificulta enormemente la cuestión²². Por un lado, los convenios arbitrales son auténticas declaraciones de voluntad de las partes por las que éstas acuerdan la sumisión de las controversias que se susciten en el marco de una determinada relación jurídica a un árbitro o tribunal arbitral. En este sentido, la naturaleza contractual del convenio es indiscutible. No obstante, no deben obviarse los tintes procesales de

²² VIRGOS, M. y GARCIMARTÍN, F.J. *Derecho procesal civil internacional*. 2ª edición. Madrid: Civitas, 2007, pp. 311-312.

la institución y las consecuencias que el acuerdo de sumisión arbitraje despliega sobre la competencia de juzgados y tribunales. La respuesta a los efectos que el convenio arbitral concluido con anterioridad a la declaración de apertura del concurso exige, como bien explica IVÁN HEREDIA CERVANTES determinar con carácter previo cuáles de estas dos dimensiones debe prevalecer²³.

4.1. Tesis contractualista

Afirmar la naturaleza contractual del convenio arbitral implicaría aplicar a estos acuerdos el régimen jurídico previsto en el Reglamento de Insolvencia y en la Ley Concursal para el resto de los contratos y, por lo tanto, someter los efectos del concurso sobre el convenio arbitral concluido con anterioridad a la declaración de apertura a lo establecido en la *lex fori concursus* o ley del Estado de apertura²⁴.

Así, si el concurso se abriera en España, los efectos del convenio arbitral se determinarían por lo establecido en la ley española. Concretamente por lo dispuesto en el artículo 52.1 LC, precepto que impone la suspensión de los efectos de los contratos concluidos antes de la apertura del proceso concursal²⁵.

Pocos comentarios requiere el artículo 52.1 LC en cuanto a los efectos que despliega la declaración de concurso sobre el convenio arbitral. Se trata de la pérdida de valor o efectos, efectos distintos de los de la nulidad o anulabilidad de la cláusula de sometimiento a arbitraje, puesto que finalizado el procedimiento concursal el convenio recobra su plenitud de efectos.

En cualquier caso, esta afirmación exige una precisión puesto que mientras el primer párrafo del artículo 52 aboga por la suspensión de los efectos, el segundo mantiene la vigencia de los procedimientos arbitrales que estén en tramitación al momento de la declaración de concurso. Sin embargo, nada se dice sobre los convenios arbitrales concluidos entre el momento del inicio del proceso (con la solicitud de la declaración de concurso²⁶) y la declaración de concurso (que se produce con el auto de declaración de concurso²⁷).

Siguiendo el tenor literal de este artículo, “los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales. Los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de

²³ HEREDIA CERVANTES, I. *Op. cit.*; pp. 83-100.

²⁴ Artículo 4.2 e) del Reglamento de Insolvencia y 200 LC. IRIARTE ÁNGEL, J.L. “Comentario al artículo 199 LC”. En: *Tratado Práctico Concursal*. (Pedro Prendes Carril dir.). Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 798-803.

²⁵ Sobre este último precepto, Sobre este último precepto, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. y HERNANDO MENDIVIL, J. “Comentario al artículo 52 LC”. En: *Tratado Práctico Concursal*, (Pedro Prendes Carril dir.). Cizur Menor: Aranzadi, 2009, pp. 305-326.

²⁶ Artículos 6 y 7 LC.

²⁷ Artículo 20 LC.

aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior”.

En nuestra opinión, es preferible acudir a la fórmula precisa del párrafo segundo del artículo 52, que pone el énfasis en la “declaración de concurso” frente a la fórmula más vaga del párrafo primero, que alude a la expresión genérica “tramitación del concurso”. Por lo tanto, todo parecería apuntar a que, de afirmar la naturaleza contractual prevalente del convenio arbitral, el auto de declaración de concurso se erigiría en el límite temporal para hacer valer los convenios arbitrales. Por lo tanto, los convenios arbitrales continuarían desplegando sus efectos hasta el momento en que se declarase el concurso pese a haber sido presentada la solicitud de la declaración de concurso²⁸.

Tal y como establece el artículo 52.1 LC, los convenios arbitrales celebrados por el deudor no perderían su valor o eficacia durante la tramitación del concurso si algún tratado internacional permite sostener lo contrario. Esta solución es coherente con el respeto y primacía de los tratados internacionales que viene impuesta en nuestro ordenamiento jurídico por el artículo 96 de la Constitución Española y, además, como se ha expuesto anteriormente, es un reflejo del distinto tratamiento que merece el arbitraje interno y el arbitraje internacional.

En cualquier caso, esta referencia a los tratados internacionales es compleja

puesto que los Convenios relevantes en materia de arbitraje que ha suscrito nuestro país nada dicen sobre la cuestión que nos ocupa, aunque ello no es óbice para su aplicación, ya que dichos Tratados reconocen la eficacia tanto positiva como negativa de los convenios. La complejidad aumenta si tenemos en cuenta que la aplicación de los convenios internacionales en numerosas ocasiones conduce a una solución circular en la que es posible el reenvío a los Derechos nacionales. Centrándonos en los convenios internacionales más importantes que ha suscrito nuestro país, debemos hacer una breve mención al Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 y el Convenio de Ginebra de 21 de abril 1961²⁹:

- a) El Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros:

El artículo II.1 reconoce la eficacia negativa del arbitraje, viniendo además el párrafo 3.º a indicar que el Tribunal del Estado contratante al que se somete el litigio se declarará incompetente a menos que compruebe que el acuerdo de arbitraje es nulo, ineficaz o inaplicable. Por lo tanto, una aplicación estricta del Convenio de Nueva York nos llevará a entender que el acuerdo de arbitraje que respete los postulados del Convenio de Nueva York es en principio eficaz.

²⁸ PERALES VISCASILLAS, P. “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003”. En: *Diario La Ley*. Nº 6035 y 6036. Sección Doctrina, 8 Junio Año XXV, 2004, Ref. D-129.

²⁹ *Ibidem*.

No obstante, el Convenio contempla la posibilidad de un control previo de nulidad, ineficacia o inaplicabilidad pese a que nada dispone sobre las fuentes que el tribunal debe aplicar determinar si el acuerdo de arbitraje es, en palabra de la propia Convención, nulo, ineficaz o inaplicable.

El silencio al respecto ha motivado el diseño de diversas soluciones por parte de la Doctrina más relevante. Así, la más extendida en nuestro país es la que remite a la norma del conflicto del foro, por lo que siendo un juez español será el art. 9 de la Ley de Arbitraje el que determine el orden de fuentes a seguir³⁰.

Se evidencia que la aplicación del Convenio de Nueva York como excepción al artículo 52.1 LC no parece proporcionar una respuesta contundente. De hecho, al ser posible que el control último de la eficacia del convenio descansa en los Derechos nacionales, resultará que nos encontraremos, como se dice vulgarmente, “ante la pescadilla que se muerde la cola”, porque reconocida la eficacia negativa de los convenios de arbitraje por la Convención de Nueva York, dicha eficacia se sujeta, sin embargo, al control estatal, con el resultado que de aplicarse el Derecho español, el juez podría declarar la ineficacia del convenio arbitral basándose en la competencia exclusiva del juez del concurso³¹.

³⁰ Artículo 9.6 LA: “Cuando el arbitraje fuere internacional, el convenio arbitral será válido y la controversia será susceptible de arbitraje si cumplen los requisitos establecidos por las normas jurídicas elegidas por las partes para regir el convenio arbitral, o por las normas jurídicas aplicables al fondo de la controversia, o por el derecho español”.

³¹ Según el artículo 8 LC, “Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente en las siguientes materias:

1. Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley.
2. Las acciones sociales que tengan por objeto la extinción, modificación o suspensión colectivas de los contratos de trabajo en los que sea empleador el concursado, así como la suspensión o extinción de contratos de alta dirección, sin perjuicio de que cuando estas medidas supongan modificar las condiciones establecidas en convenio colectivo aplicable a estos contratos se requerirá el acuerdo de los representantes de los trabajadores. En el enjuiciamiento de estas materias, y sin perjuicio de la aplicación de las normas específicas de esta Ley, deberán tenerse en cuenta los principios inspiradores de la ordenación normativa estatutaria y del proceso laboral.
3. Toda ejecución frente a los bienes y derechos de contenido patrimonial del concursado, cualquiera que sea el órgano que la hubiera ordenado.
4. Toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos civiles que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.
5. Las que en el procedimiento concursal debe adoptar en relación con la asistencia jurídica gratuita y, en concreto, las que le atribuye la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.
6. Las acciones tendentes a exigir responsabilidad civil a los administradores sociales, a los auditores o, en su caso, a los liquidadores, por los perjuicios causados al concursado durante el procedimiento”.

- b) La Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional de 21 de abril de 1961 (Convención de Ginebra)

Este Convenio se aplica a los convenios arbitrales celebrados entre personas físicas o jurídicas que tengan su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes en el momento de la conclusión del acuerdo.

El artículo VI del Convenio articula la excepción o declinatoria por incompetencia del Tribunal estatal. Aunque este precepto no está diseñado expresamente para la situación que nos ocupa, podría aplicarse a la hipótesis en que el acreedor demande la aplicación de la excepción prevista en el artículo 52.1 LC y, en consecuencia, pretenda que el convenio arbitral pueda surtir sus efectos propios.

En estas circunstancias, y aplicando el artículo VI.2 del Convenio el juez español debería de pronunciarse sobre esta cuestión de conformidad con:

- a) La ley a que las partes hayan sometido el acuerdo o compromiso arbitral (podría suceder que dicha ley reconociese al convenio validez y eficacia pese a la declaración de concurso o estipulase un sistema por el cual la administración concursal pudiese decidir sobre el destino de las cláusulas de arbitraje);
- b) En su defecto, según la ley del país donde deba dictarse el laudo;

- c) Si no hay posibilidad de determinar dicho lugar, según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del Tribunal estatal conocedor del asunto, lo que supone remitir la cuestión al artículo 9 de la Ley de Arbitraje Española.

En este sentido, nos encontraríamos ante el mismo problema ya visto en relación con la Convención de Nueva York, por lo que entendemos aplicable la solución anteriormente propuesta.

4.2. Tesis procesalista

Pese a la lógica de la solución contractual apuntada en el apartado precedente, en nuestra opinión no debe olvidarse la fuerte naturaleza procesal del convenio arbitral, cuyo objeto no es otro que atribuir competencia a un determinado árbitro o tribunal arbitral para la resolución de las controversias presentes o futuras entre las partes.

Son lo que algún sector doctrinal ha convenido en denominar “contratos procesales” (*Prozessvertrag*), puesto que despliegan unos efectos típicos sobre el proceso³². Así, por un lado, excluyen la competencia de los tribunales estatales; y, por otro, atribuyen competencia exclusiva al órgano arbitral designado libremente por las partes. En otras palabras, despliegan un efecto derogatorio y prorrogatorio, respectivamente.

³² HEREDIA CERVANTES, I. *Op. cit.*; p. 87.

Pues bien, como argumento para defender la prevalencia de la vertiente procesal del convenio arbitral es suficiente con subrayar que en los supuestos en que se cuestiona la validez del acuerdo de sumisión, son los propios árbitros (en el caso de los convenios arbitrales) o los jueces designados (en el supuesto de acuerdos de sumisión a tribunales) quienes fallan al respecto³³. En definitiva, es claro que el régimen jurídico del convenio arbitral es sustancialmente diferente del resto de contratos concluidos por el concursado.

Pero el argumento clave que indudablemente hace que la balanza se incline a favor de la prevalencia de la naturaleza procesal del convenio es un argumento de eminente índole práctica. Piénsese que de equiparar el convenio arbitral al resto de los contratos se les aplicaría a éstos la *lex fori concursus*. Pues bien, si el concurso se hubiera abierto en España sería la ley española, y más concretamente el artículo 52.1 LC, el que impondría la suspensión de los efectos del acuerdo concluido antes de la declaración de apertura siempre que la materia correspondiera de forma exclusiva al juez del concurso³⁴. El problema es que cuando el arbitraje tiene una dimensión

internacional ello no significa que automáticamente el juez del concurso sea competente sobre todas las materias que no puedan ser resueltas mediante arbitraje. En este sentido, las normas sobre competencia judicial internacional vienen reguladas por el Reglamento de Insolvencia y por la regulación internacional de la LC en los artículos 199 a 230, normas que como ya se ha dicho no se inspiran en el principio de la *vis attractiva concursus*.

En definitiva, en el supuesto de acciones judiciales que no tengan un componente concursal, la competencia judicial internacional para conocer de los mismos estará regulada por los foros ordinarios del Reglamento 44/2001, del Convenio de Lugano o del artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Y, pudiera ocurrir, que el juez del Estado de apertura del concurso no tuviera competencia para conocer del asunto, obligando a las partes a litigar ante unos tribunales extranjeros totalmente ajenos al procedimiento concursal.

En definitiva, defender la naturaleza contractual prevalente de un convenio arbitral para suspender sus efectos en aras de centralizar la competencia del

³³ En este sentido, el artículo VI de la Convención de Ginebra de 21 de abril de 1961, sobre arbitraje comercial internacional establece que "Al examinar y pronunciar resolución sobre la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, los tribunales nacionales de los Estados Contratantes ante los cuales se hubiere promovido dicha cuestión, deberán, en lo referente a la capacidad jurídica de las partes, atenerse a la Ley que les sea aplicable a éstas, y en lo concerniente a las restantes materias, decidirán: a) según la ley a que hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral; b) no existiendo una indicación al respecto, según la ley del país donde deba dictarse laudo; careciéndose de indicación sobre la ley a la cual hayan sometido las partes el acuerdo o compromiso arbitral y, si en el momento en que la cuestión sea sometida a un tribunal judicial no hubiere posibilidad de determinar cuál será el país en que habrá de dictarse fallo arbitral, entonces según la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal conocedor del asunto".

³⁴ Artículo 8º LC.

juez del concurso puede tener como efecto perverso el hecho de obligar a las partes a litigar ante un juez extraño al concurso y completamente ajeno al árbitro o tribunal arbitral elegido libremente por las partes. IVÁN HEREDIA CERVANTES³⁵ pone por ejemplo un supuesto que enfrenta a un deudor concursal español con una empresa domiciliada en Alemania por el cumplimiento de un contrato de compraventa. En el caso en que tras la declaración de apertura el administrador concursal decidiera solicitar la nulidad del contrato, las reglas que determinarían la competencia judicial internacional para conocer del asunto vendrían reguladas por el Reglamento 44/2001. Pues bien, en este supuesto, los tribunales españoles sólo serían competentes si el domicilio del demandado (artículo 2) o el lugar de entrega de la mercancía (artículo 5.1.b) se localizasen en nuestro país. Si, por el contrario, el demandado estuviera domiciliado en Alemania y la entrega de la mercancía debiera realizarse en el país germano, ningún tribunal español tendría competencia judicial internacional para conocer sobre el asunto, frustrándose así tanto la autonomía de la voluntad de las partes como el objetivo de política legislativa previsto por el legisladores español.

Pues bien, en este punto en que parece imponerse la naturaleza procesal del convenio arbitral a la hora de dar una solución a los efectos de la declaración de apertura sobre éste, es preciso recordar que las normas relativas al concurso internacional rechazan el carácter exclu-

sivo y excluyente del concurso y no modifican las reglas de competencia judicial internacional extraconcursales. El hecho de que las partes acuerden someter sus discrepancias a arbitraje en lugar de a un tribunal estatal es irrelevante y no parece existir razón alguna que obligue a tratar de forma diferente a las cláusulas de sumisión a tribunales y a los convenios arbitrales.

En definitiva, y proporcionando una respuesta al interrogante que aquí se planteaba, tanto el Reglamento de Insolvencia como la Ley Concursal española, en el supuesto de un procedimiento concursal internacional permiten defender la validez del convenio arbitral pese a que la *lex concursus* establezca lo contrario.

5. CONVENIOS ARBITRALES POSTERIORES A LA DECLARACIÓN DE APERTURA DEL CONCURSO

Como es sabido, una vez abierto el proceso concursal la capacidad del deudor para concluir cualquier tipo de acuerdo, incluidos los arbitrales, se ve restringida o anulada. Pero la posibilidad de concluir un convenio arbitral no es exclusiva del concursado. Efectivamente, también la administración concursal en el ejercicio de sus funciones puede suscribir un acuerdo de esta índole.

Dos son las cuestiones que en este punto se plantean. Por un lado, se trata de determinar si la administración concursal

³⁵ HEREDIA CERVANTES, I. *Op. cit.*; p. 95.

puede celebrar convenios arbitrales en nombre de la sociedad concursada. Y, por otro, es preciso identificar las restricciones que por motivos concursales se pueden imponer al síndico.

Lo que resulta evidente es que, a diferencia de los convenios arbitrales preconcursales, la validez de convenios concluidos en un entorno concursal está mucho más sujeta a las normas sobre insolvencia. En este contexto, la validez del convenio queda condicionada al cumplimiento de los requisitos de las normas concursales y extraconcursales.

En relación con la facultad de la sociedad para concluir un convenio arbitral válido, ésta se encuentra regulada en el Convenio de Nueva York³⁶, cuyo artículo V.1 a) remite a la ley personal de la sociedad concursada o *lex societatis*³⁷. En este caso, si la mercantil concursada tuviera nacionalidad española, la posibilidad de que un convenio arbitral concluido por el

síndico vinculara a la sociedad se regiría por el artículo 52.1 LC.

Sin embargo, el ámbito de aplicación este precepto no alcanza, en nuestra opinión, a la posibilidad de que la administración concursal celebre convenios arbitrales durante la tramitación del concurso que vinculen válidamente a la sociedad. El artículo 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 sociedad³⁸.

Por el contrario, la necesidad de que los convenios arbitrales concluidos por deudor concursado sean o no ratificados por la administración concursal es una cuestión directamente relacionado con las facultades de disposición y administración del deudor sobre su patrimonio y, por lo tanto, deben ser resueltas por la *lex concursus*³⁹.

³⁶ “Convenio de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York”. En: *Boletín Oficial del Estado*. N.º 164, de 11 de julio de 1977.

³⁷ Según el artículo 9.11 del Código Civil Español “la ley personal correspondiente a las personas jurídicas es la determinada por su nacionalidad, y regirá en todo lo relativo a capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción”.

³⁸ En este sentido, PERALES VISCASILLAS, P. “Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal 22/2003”. En: *Diario La Ley*, N.º 6035 y 6036, Sección Doctrina, 8 Junio. 2004, Año XXV, Ref. D-129. Sobre este particular se pronunciaban negativamente bajo la antigua regulación concursal: CHILLON MEDINA, J.M. y MERINO MERCHANT, J.F. *Op. cit.*; p. 194, indicando que a falta de una norma expresa ni los órganos de la suspensión de pagos ni los de la quiebra pueden comprometer sobre el patrimonio del suspenso. En forma similar aunque utilizando otros argumentos: GUTIERREZ SANZ, M.ª.R. *El sistema arbitral de consumo. Comentarios al Real Decreto 636/1993, de 3 de may.* (Dir. I. QUINTANA CARLO y A. BONET NAVARRO). Pamplona: Aranzadi, 1997, pp. 111 y ss., indicando que en el caso del suspenso necesitaría el acuerdo de los interventores, y éstos no dará el consentimiento ya que ello implicaría la salida de determinados bienes de la masa, y en el caso del quebrado “declarada la quiebra, el quebrado queda inhabilitado para la administración de sus bienes (...) el quebrado no puede formalizar convenio alguno”.

³⁹ En contra de esta opinión, MANTILLA SERRANO, F. “International arbitration and insolvency proceedings”. En: *Arbitration International*. Vol. 11, 1995, p. 64. Este autor aboga por aplicar a estas cuestiones la *lex societatis*.

EL ACUERDO ARBITRAL. APUNTES TEÓRICOS Y PRÁCTICOS

JAVIER ÍSCAR DE HOYOS ^(*)

SUMARIO: 1. *Apuntes Teóricos. Concepto y proyección.* 1.1. *Alcance del convenio arbitral.* 1.2. *Proyección internacional. Ejemplo a seguir en el arbitraje interno.* 2. *La validez y eficacia del convenio arbitral.* 2.1. *El consentimiento. La cláusula compromisoria.* 2.2. *Concepto de acuerdo de arbitraje.* 2.3. *Una pequeña visión comparada.* 2.4. *Derecho español.* 3. *Apuntes prácticos. El Contenido del Convenio Arbitral.* 3.1. *Primer acercamiento a los requisitos del Convenio.* 3.2. *Objeto de la controversia.* 3.3. *Nombramiento de árbitros.* 3.4. *Sede y Lugar del arbitraje.* 3.4.1. *Aspectos imprescindibles a la hora de elegir la sede.* 3.4.2. *Aspectos estratégicos.* 3.5. *Idioma.* 3.6. *Procedimiento.* 3.7. *Cláusula arbitral patológica. Concepto y alcance.*

1. APUNTES TEÓRICOS. CONCEPTO Y PROYECCIÓN

1.1. Alcance del convenio arbitral

El convenio está en la base de todo arbitraje. Sin convenio arbitral no hay arbitraje y es más que probable que aún existiendo un convenio arbitral tampoco haya arbitraje. “Mediante el convenio las partes deciden poner fin a una controversia que ha surgido ya o que está por nacer, a través de un tribunal arbitral que decide definitivamente, con eficacia de cosa juzgada”¹. El convenio arbitral parte

del compromiso y de la autonomía de la voluntad de las partes y se ensalza con la inclusión de la clásica cláusula compromisoria inserta en un contrato principal atinente a controversias futuras derivadas del contrato principal del que forma parte. Otras veces, las partes deciden incorporar un convenio arbitral una vez surgida la controversia, ya sea por motivos de oportunidad o de especialidad del conflicto, fórmula cada vez más usada en el comercio internacional.

El arbitraje sólo se encuentra en el ordenamiento jurídico en cuanto se base en la voluntad de las partes que van a verse

^(*) Secretario General de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad (AEADE). Miembro del Club Español del Arbitraje.

¹ MERINO MERCHÁN, Jose F. y CHILLÓN MEDINA, Jose M^a. *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera edición. Editorial Navarra: Thompson-Civitas, 2006, p. 1.123.

afectadas, voluntad que se plasma en el convenio arbitral, siendo éste, por tanto, su fundamento y límite.

El arbitraje, como institución, “consta de tres elementos esenciales: el convenio arbitral, el contrato de dación y recepción del arbitraje (*receptum arbitri*) y el procedimiento arbitral”². El convenio arbitral, por si mismo no define al arbitraje que requiere de la llegada y sucesión de los otros dos elementos.

1.2. Proyección internacional. Ejemplo a seguir en el arbitraje interno

El arbitraje es el sistema más eficaz de solución de litigios en el comercio internacional, ya que es especialmente útil cuando las partes son de nacionalidad diferente y no comparten lengua, cultura ni tradiciones jurídicas. En el comercio internacional es habitual que las empresas eviten acudir a los juzgados locales por, entre otras razones, la desconfianza por la distancia y la creencia a estar en desventaja ante el sometimiento a la jurisdicción de origen de la otra. A estas razones se puede sumar otra no menos importante la demora y falta de especialización de los juzgados locales, lo que mina la predictibilidad de la resolución.

La redacción de los convenios arbitrales y la elección de la sede requiere el examen de tres requisitos elementales, a los que nos referiremos al final de este trabajo, relacionados con la seguridad jurídica de la

relación comercial o mercantil: el primer requisito es que el Estado haya suscrito la Convención de Nueva York de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras; el segundo, que tenga aprobada una Ley de arbitraje moderna, antiformalista y vanguardista, que certifique no sólo el marco legal, sino el apoyo del poder legislativo del estado; y, por último, el apoyo de los juzgados locales tanto para que se ejecuten sin dilación los laudos (incluso la adopción de medidas cautelares), como el análisis meramente formal de los recursos o las acciones de anulación.

La experiencia y la proyección internacional del arbitraje aportan una perspectiva específica en cuanto a la problemática suscitada y también en cuanto a las soluciones adoptadas, que abonan una vez más, la denominada especialidad o singularidad del derecho arbitral internacional.

Son estos aspectos fundamentalmente los siguientes:

- “El relativo a la eficacia y forma de manifestarse el principio básico de la autonomía del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el que va inserto, y que apunta hacia la configuración de una autonomía de tipo conflictual, y al progresivo reconocimiento de la autonomía como principio o como norma material en los diversos ordenamientos y textos

² BARONA VILAR, Silvia. Comentarios a la Ley de Arbitraje Ley 60/2003, de 23 de diciembre). Primera edición. Madrid: Editorial Thompson-Civitas, 2004, p. 316.

del derecho positivo, así como en la práctica arbitral.

- El relativo a los elementos del convenio tanto personales como reales y formales, por cuanto pueden ser establecidos mediante reglas tanto de carácter conflictual como de carácter sustantivo y material.
- El relativo a los efectos transfronterizos del convenio arbitral, que implica la validez de principio y la obligación de los Estados parte en las Convenciones de arbitraje para reconocer la eficacia en principio del convenio arbitral.
- El relativo al derecho aplicable y a la competencia del tribunal que conoce de la acción de anulación del convenio arbitral.
- En tanto que elemento de la operación de reconocimiento y ejecución del laudo en país distinto a aquel en que ha sido dictado, que deberá ser calificado y valorado de conformidad al derecho aplicable, ya sea convencional o nacional.
- En relación al derecho aplicable al fondo del convenio, ante la eventual concurrencia de conexiones”³.

Coincidimos con MERINO MERCHÁN en definir el convenio arbitral como un contrato que contiene los elementos

personales, materiales u objetivos y de forma; que constituyen la estructura básica de todo contrato, que nos lleva a la jurisdicción arbitral. Esta proyección internacional debe ser el ejemplo a seguir en el arbitraje doméstico, donde el camino por recorrer es, todavía, mayor que en el arbitraje internacional.

2. LA VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL

El arbitraje no existe sino en la medida que las partes lo han creado y determinado por medio de la expresión libre y voluntaria de su voluntad. Todavía quedan reductos en la legislación española, por ejemplo el artículo 76.e) de la Ley 50/1980, 8 de octubre de Contrato de Seguro, que se alejan de ese requisito de voluntariedad, obligando a una de las partes, el asegurador, a estar y pasar por el arbitraje por decisión unilateral del asegurado aunque no hayan suscrito un convenio arbitral⁴. Aún así, la idea básica y aceptada es que el arbitraje reposa esencialmente sobre un acuerdo; su naturaleza contractual original parece indiscutible, aunque con una sabida proyección jurisdiccional.

Es cierto que esa autonomía de la voluntad de las partes se manifiesta de forma relevante en un momento clave, esto es, al negociar y durante la formalización del convenio arbitral, que se plasma en

³ MERINO MERCHÁN, JOSÉ F. y CHILLÓN MEDINA, JOSÉ M^a. *Tratado de derecho arbitral*. Tercera edición, Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006, p.1.123.

⁴ Artículo 76.e Ley 50/80, de contrato de seguro española. El asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro. La designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada.

el mismo convenio y con una “eficacia procesal derivada ex lege”⁵.

Si algo ha destacado en el arbitraje y en la evolución del Derecho del arbitraje, tanto en su versión interna o doméstica como en la internacional, ha sido la defensa de la autonomía de la voluntad de las partes como esencia del mismo, lo que ha llevado incluso a considerar al Derecho del arbitraje como institución de autonomía conceptual y operativa, desvinculándolo del auxilio o del acomodo de otras instituciones, y entre ellas fundamentalmente la tutela de los tribunales estatales y de los derechos estatales en definitiva.

La historia y la práctica han hecho del arbitraje una herramienta autónoma, dotándose de fundamentos propios que hacen de él una auténtica institución autosuficiente y eficaz, con sus propios principios, características y aspectos generales sin necesidad de tener que apoyarse en otros órganos y tribunales judiciales, al margen del apoyo jurisdiccional imprescindible para dotar de mayor eficacia, (si cabe) al laudo arbitral.

2.1. El consentimiento. La cláusula compromisoria

Si algo caracteriza al arbitraje es la necesidad de que las partes presten su consentimiento, si bien, como dijimos anteriormente aún quedan normas que

regulan algún tipo de arbitraje *obligatorio* como el mencionado de la Ley de Contrato de Seguro española, para relaciones de consumo en el sector asegurador.

La voluntad y el consentimiento a acudir a arbitraje, como expresión última de dicha voluntad desplaza a la jurisdicción estatal sustituyéndola por un proceso, el proceso arbitral, cuya fundamentación, límites y procedimiento pueden y, de hecho, son fijados por la autonomía de la voluntad de las partes que han decidido someter sus controversias, actuales o futuras, al fallo de uno o varios árbitros, y conforme a un procedimiento preestablecido o por establecer, según la modalidad de arbitraje que se adopte, ya sea *ad-hoc*, ya sea institucional.

La ley española de arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre) en su actual redacción, suprime, por fin, la necesidad de la sumisión *inequívoca* a arbitraje, término incluido en la ya derogada Ley 36/88, del 5 de diciembre de 1988⁶. Esta redacción ha dado lugar a numerosa jurisprudencia recogida por el Tribunal Supremo español (Sala de lo Civil) que hacía una interpretación un tanto restrictiva de la voluntad de las partes al decir que: “la sumisión a arbitraje ha de ser decisiva, exclusiva y excluyente, y no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones y así se deduce del artículo uno de la que resulta aplicable al supuesto de autos, conforme a su disposición transitoria.

⁵ MARTÍNEZ GARCÍA, E. *El arbitraje como solución de conflictos en propiedad intelectual*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2002, pp. 66-67.

⁶ Artículo 5º Ley española 36/1988, de 5 de diciembre, de arbitraje. “El convenio arbitral deberá expresar la voluntad inequívoca de las partes de someter la solución de todas las cuestiones litigiosas o de algunas de las cuestiones, surgidas o que puedan surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales (...)”.

El referido artículo exige expresar la voluntad inequívoca –voluntad firme– de las partes de someter todas o algunas de las cuestiones litigiosas, surgidas o que pudieran surgir de relaciones jurídicas determinadas, sean o no contractuales, a la decisión de árbitros. Lo que resulta importante, a efectos de la vinculación de los interesados a la estipulación, es que el convenio arbitral, debidamente formalizado por escrito, contenga, como dice la sentencia de 18 de marzo de 2002, el consentimiento claro, preciso y determinante de las partes, como declaración de voluntades concordes de someterse a arbitraje, es decir que no cabe dejar abiertas puertas a la duda o imprevisión de lo que debe quedar bien explicitado (...)”⁷.

Si bien para algunos autores la eliminación de ese término no cambia sustancialmente los requisitos de expresión del consentimiento⁸, consideramos que en los últimos tiempos tanto la doctrina como la jurisprudencia están haciendo una interpretación más flexible del acuerdo o convenio arbitral, tanto en la aceptación

de los convenios por referencias como para los arbitrajes multiparte. La supresión de la referencia “inequívoca” supone un avance en el papel de lo que ya adelantaba la práctica arbitral, amén de suponer un escudo para atraer arbitraje internacional a España, por entender que los laudos eran más frágiles por depender de una interpretación específica del Juez español. Eran aspectos que distorsionaban a España como sede, al igual que el muy poco afortunado precepto que exigía la protocolización notarial del laudo. Por tanto, se reafirma la identificación del convenio arbitral con el resto de los contratos, no exigiendo mayores requisitos al convenio en comparación con el resto de los contratos y no quedando en un escalón inferior⁹.

Precisamente, según que el pacto arbitral, origen del proceso arbitral propiamente dicho, verse sobre diferencias actuales o futuras de las partes, estaremos en presencia de un compromiso, o de una cláusula compromisoria¹⁰. Ya en la Ley española del año 1988 quedó superada la distinción entre la cláusula compromisoria y el contrato preliminar¹¹. El convenio es

⁷ Sentencia núm. 628/2002 de 20 junio del Tribunal Supremo del Reino de España.

⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J. (Director) Comentarios a la Ley 60/2003, de Arbitraje. Editorial Bosch. 2004, p. 173.

⁹ PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario. Editorial Thompson-Aranzadi, p. 204.

¹⁰ MERINO MERCHÁN, Jose F. y CHILLÓN MEDINA, Jose M^a. *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera Edición. Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006, p. 1.126.

¹¹ Artículo 7.1 Ley Modelo UNCITRAL que define el arbitraje como: “el acuerdo de arbitraje es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual. El acuerdo de arbitraje podrá adoptar la fórmula de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o la forma de un acuerdo independiente”. Por su parte el artículo II.1 de la Convención de Nueva York indica que “Cada uno de los Estados Contratantes reconocerá el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se obliguen a someter a arbitraje todas las diferencias o ciertas diferencias que hayan surgido o que puedan surgir entre ellas respecto a una determinada relación jurídica,

el elemento fundamental del arbitraje. Como se ha dicho, sin convenio no hay arbitraje.

La cláusula compromisoria constituye el modo normal de acceder al arbitraje que versa sobre relaciones comerciales internacionales. La práctica comúnmente seguida en el comercio internacional consiste en establecer en los contratos-tipo o estandarizados una cláusula compromisoria como acción preventiva para solventar las posibles diferencias que surjan entre las partes como consecuencia del cumplimiento o interpretación de un contrato principal. La elaboración lenta de un nuevo derecho, formado de usos mercantiles, por la vía indirecta de la suscripción de contratos-tipos, conduce en la práctica a que en una gran mayoría de contratos internacionales, la cláusula compromisoria se establezca ya como una cláusula de estilo, aceptada comúnmente. La redacción de la cláusula compromisoria que se debe incluir en los contratos, a fin de evitar la inclusión de cláusulas patológicas o cuasi patológicas, a las que nos referiremos más adelante, que demoren o impidan el acceso al arbitraje, una de las recomendadas por alguna institución arbitral de referencia. Conseguido el acuerdo en la redacción estándar de la cláusula arbitral, las partes discutirán sobre aspectos no menos relevantes como la elección de la sede, el idioma, la ley aplicable al fondo del asunto,

y demás cuestiones de suma importancia para que el laudo dictado, en su caso, pueda ser cumplido sin demora.

Difícilmente el comercio internacional asentado sobre este tipo de contratos, podría desenvolverse con un mínimo de seguridad si se mantuviesen reservas sobre la validez o la eficacia de esta cláusula compromisoria. Ello hace que a nivel del arbitraje internacional se haya procedido a no distinguir en adelante entre compromiso y cláusula compromisoria en cuanto a sus efectos directos.

La cláusula compromisoria no lleva aparejado ningún arbitraje. Es una decisión a futuro, una promesa de acudir, llegado el caso, al arbitraje. Por así decir, el arbitraje se estandariza y en cierto modo se despersonaliza, surgiendo el problema de saber si las partes han otorgado un verdadero consentimiento. La cláusula no es más que un paso previo a la configuración del arbitraje propiamente dicho.

Son numerosos hoy en día los ordenamientos internos que borran la distinción entre compromiso y cláusula compromisoria entronizando el concepto unitario de convenio arbitral; como también otros instrumentos internacionales. Las leyes y reglamentos modelo sobre arbitraje introducen de manera clara el concepto unitario de convenio o acuerdo arbitral,

contractual o no contractual, concerniente a un asunto que pueda ser resuelto por arbitraje". El artículo 1.2 a) del Convenio de Ginebra entiende por acuerdo o compromiso arbitral "bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado, firmados por las partes o contenidos en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teletipos y, en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo de acuerdo al compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes".

comprendido de compromiso y cláusula compromisoria¹².

A pesar de los intentos de unificación de los efectos de ambos conceptos, aún quedan espacios donde la distinción se mantiene, sobretudo en el plano de las consecuencias jurídicas en aspectos tales como la capacidad de las partes, la declaración del consentimiento, la forma, el objeto el contenido y la interpretación, al igual que la cesación de los efectos del convenio, que es diferente en la cláusula compromisoria inserta en un contrato principal, y que por consiguiente sigue siendo válida mientras esté en vigor el contrato del que forma parte, y en el compromiso, que se realiza y opera para un arbitraje concreto.

El consentimiento ha ido variando hacia una interpretación pro arbitraje. De hecho, la posible extensión del convenio arbitral a terceros o a no firmantes del mismo ha planteado una de las cuestiones más discutidas del Derecho de arbitraje, como sucede en los casos de cesión contractual, cesión de créditos, fusión de sociedades, grupos de sociedades, contratos conexos o coligados, contratos de adhesión, *join ventures*, UTE'S y garantías independientes o a primera demanda¹³.

En los contratos conexos, algunos autores entienden que la inarbitrabilidad de uno de los contratos del grupo no se extiende necesariamente al conjunto en el cual se integra, y que en estas circunstancias no se puede extender el arbitraje previsto en el resto de los contratos a aquel cuya cláusula de solución de disputas ha sido declarada inarbitrable.

La doctrina y la jurisprudencia, por otro lado, cada vez apuestan más por la presunción de arbitrabilidad, algo que ha sido muy analizado en supuestos de firmantes no originarios del convenio arbitral que con posterioridad devienen en partes, como en caso de propiedad horizontal, adquirentes de acciones o participaciones o en los casos de cesión o subrogación contractual. Compartimos la opinión de O'CALLAGHAN MUÑOZ, magistrado del Tribunal Supremo español y catedrático de Derecho Civil que defiende el principio de presunción de arbitrabilidad. O'CALLAGHAN explica, al analizar el alcance a terceros del convenio arbitral aprobado en una Junta de propietarios que "Lo cual se llevará a la práctica por medio de convenio arbitral (*rectius*, contrato de compromiso) o, lo que será más frecuente, por la cláusula arbitral contenida en los Estatutos, redactados por el promotor o por los propios comuneros,

¹² El artículo 1º del Proyecto de Ley Uniforme del Consejo de Europa quedaba establecido que *"toda controversia nacida o que pueda nacer de una relación jurídica determinada, y sobre la que se esté en disposición de transigir por las partes, puede ser objeto de una convención de arbitraje"*. Por su parte, la Ley modelo de la UNCITRAL, también alude al acuerdo arbitral en su versión genérica, El anteproyecto de Reglamento de la UNCITRAL, en su artículo 1.3º, borraba asimismo la distinción entre ambas modalidades de arbitraje, sustituyéndolas por la expresión *"acuerdo por escrito"*, lo cual no ha pasado al vigente Reglamento, que se limita a recoger el requisito de carácter escrito –artículo 1.1– y recomendar un modelo de cláusula compromisoria.

¹³ PERALES VISCASILLAS, Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral*. Ley 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario. Editorial Thompson-Aranzadi, p. 206.

que alcanzará también al tercero que adquiera después de haberse aprobado e inscrito los Estatutos en el Registro de la Propiedad”¹⁴.

Las dudas sobre la arbitrabilidad ha sido más recurrente en las cuestiones societarias, es decir, la posible aplicación del arbitraje a las cuestiones surgidas de las relaciones que se establecen entre una sociedad mercantil y sus miembros, o entre éstos, relaciones que, por consiguiente, se referirán a la constitución, modificación, desarrollo, cumplimiento o extinción del correspondiente contrato social. Particularmente la duda ha sido más frecuente respecto de la sociedad anónima y dentro de ésta se ha concretado respecto del derecho de impugnación de los acuerdos sociales. El final ha sido favorable, pero el camino no se ha allanado hasta hace no muchos años, a pesar de que una primera doctrina jurisprudencial española, representada por las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de abril de 1905 (JC tomo 101 p. 228) y 9 de julio de 1907 (JC, tomo 108 p. 185), se pronunció a favor de la arbitrabilidad de la materia. Pero esta línea jurisprudencial fue modificada por la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de octubre de 1956, a la que siguieron la de 15 de octubre de 1971, pronunciándose decididamente por la inarbitrabilidad de la materia. Sin embargo hoy en día

debe estarse a la sentencia del Tribunal Supremo número 355/1998 de 18 de abril de 1998, fundamento de derecho cuarto), que, retomando la primera doctrina jurisprudencial, proclama la arbitrabilidad de la materia. Doctrina jurisprudencial que se reitera en la primera frase del fundamento de derecho segundo de la sentencia del Tribunal Supremo número 139/2001 de 30 de noviembre de 2001¹⁵.

En todo caso, el legislador español ha dejado escapar la oportunidad de regular todo lo concerniente a la extensión de los efectos¹⁶ del convenio arbitral a un grupo de sociedades o *–mutatis mutandis–* de Estados. En la práctica arbitral, a la hora de aceptar la extensión de dichos efectos, se exige que se constate la participación efectiva de la sociedad no suscriptora en la negociación o ejecución del contrato; o que se constate la voluntad común de las partes de someter a dicha sociedad el contrato litigioso; o cuando se constate una fuerte apariencia de ser la sociedad no firmante una verdadera parte contractual¹⁷.

Hubo intentos reiterados durante la tramitación de la Ley española de arbitraje de 2003 pero el redactado final sigue partiendo de la hipótesis de la dualidad de partes, con lo que tendremos que seguir encomendándonos a la interpretación arbitral y judicial para aceptar el concepto

¹⁴ O'CALLAGHAN también analiza el principio de la equivalencia jurisdiccional, por el que si las partes deciden someterse a arbitraje en propiedad horizontal es perfectamente válido, siempre que los árbitros respeten las normas imperativas al dictar sus laudos.

¹⁵ La arbitrabilidad de esta materia ya había sido apuntada por la resolución de la Dirección General de Registros y Notariado Español de 19 de febrero de 1998 (RJ 1998, 1118).

¹⁶ AGUILAR GRIEDER. *La Extensión de la cláusula arbitral a los componentes de un grupo de sociedades en el arbitraje comercial internacional*. Santiago de Compostela. 2001.

¹⁷ ARIAS LOZANO, David coordinador. Pérez Llorca Abogados. *Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Editorial Thompson-Aranzadi 2005.

multiparte. Tan sólo el artículo 15º de la Ley española de arbitraje, relativo al nombramiento de árbitros. Se plantea la posibilidad de pluralidad de demandantes o de demandados, pero sin tener en cuenta su posición en el convenio arbitral. Como bien dice BARONA VILAR los convenios arbitrales multiparte son aquellos a través de los cuales se vinculan más de dos partes¹⁸.

Coincidimos con LORCA NAVARRETE cuando dice que “la existencia de un tercero, por si misma, no puede determinar la invalidez del convenio arbitral cuando el tercero además participa activa y de manera determinante en la negociación, celebración y ejecución o terminación del contrato en el que se halla comprendido el convenio arbitral o con el que el convenio arbitral esté relacionado”¹⁹.

2.2. Concepto de acuerdo de arbitraje

El Convenio europeo de 1961 aclara qué debe entenderse por acuerdo de arbitraje. Según el artículo II, a), “se entiende por convenio de arbitraje, bien una cláusula compromisoria contenida en un contrato, bien un compromiso, contrato o compromiso, firmado por las partes, o contenido en un intercambio de cartas o telegramas, o comunicaciones por teleimpresos, y en las relaciones entre Estados

cuyas leyes no exijan la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes”.

Ya las primeras Convenciones sobre arbitraje mencionan la diferencia entre compromiso y cláusula compromisoria, orientadas cada una de estas modalidades a diferencias actuales o futuras entre las partes (Protocolo, 1ª), o a diferencias que hayan surgido o puedan surgir (artículo II.1, Convención de Nueva York), pero encuadrables en un denominador común, el acuerdo por escrito (artículo 11.2 de Nueva York), el acuerdo (1ª Disp. Protocolo), acuerdo de arbitraje (Protocolo, 4ª, *in fine*), convención de arbitraje (Convenio europeo II).

Los efectos de este acuerdo son los mismos para cláusula y compromiso. Ambos afectan la jurisdicción estatal (artículo 4º, Protocolo, 1.I.3 Nueva York) y sirven de presupuesto de reconocimiento de la sentencia arbitral [artículo 1.a), Convenio de Ginebra de 1927, y V.I.a), Nueva York].

La Ley española de Arbitraje dedica el Título II y 3 artículos al convenio arbitral y sus efectos, destacando el artículo 9.3º que conste por escrito pero admitiendo, como no podía ser de otra forma, el convenio por referencia²⁰,

¹⁸ BARONA VILAR, Silvia. *Comentarios a la Ley de Arbitraje Ley 60/2003*, de 23 de diciembre, Primera Edición. Madrid: Editorial Thompson-Civitas, 2004. p. 345.

¹⁹ LORCA NAVARRETE. *Estudio sobre la posible extensión del arbitraje a terceros al mismo*. Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje. Universidad del País Vasco. 2010.

²⁰ Artículo 9.4 Ley 60/2003, de arbitraje. “Se considerará incorporado al acuerdo entre las partes el convenio arbitral que conste en documento al que estas se hayan remitido en cualquiera de las formas establecidas en el apartado anterior.

la voluntad tácita de sometimiento a arbitraje²¹ y las cláusulas semiescritas²². Hay una revisión previa, en los casos de arbitraje institucional, en los que es la propia secretaria de la Corte la que, *previa facie*, debe revisar la existencia y validez del convenio arbitral²³. Responsabilidad importante de la secretaria de la institución que debe velar por el buen fin del arbitraje y no hacer interpretación extensiva del convenio arbitral bajo tentaciones lucrativas de administrar un arbitraje.

2.3. Una pequeña visión comparada

La mayoría de los ordenamientos jurídicos reconocen la validez de principio

de la cláusula compromisoria, aunque algunos queden todavía al margen de esta tendencia general. Esta tendencia va en el sentido de otorgar eficacia directa a la cláusula compromisoria y efectos positivos y negativos, tanto en el orden sustantivo (constitución del tribunal arbitral, establecimiento del proceso), como en el procesal (produciendo la incompetencia de los tribunales judiciales).

Aún así no podemos hablar de uniformidad ya que hay ordenamientos jurídicos que admiten la cláusula compromisoria sólo para relaciones mercantiles; otros, no permiten la suplantación de los Tribunales nacionales normalmente

²¹ Artículo 9.5 Ley 60/2003, de arbitraje: "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.

²² GARBERÍ LLOBREGAT, J. *Director Comentarios a la Ley 60/2003, de Arbitraje*. Editorial Bosch. 2004, p.174.

²³ Artículo 10º del Reglamento de la Asociación Europea de Arbitraje, Aeade. Revisión *prima facie* de la existencia de acuerdo arbitral. 1. En el caso de que la parte demandada no contestase a la solicitud de arbitraje, se negase a someterse al arbitraje o formulara una o varias excepciones relativas a la existencia, validez o alcance del acuerdo arbitral, podrán darse las siguientes alternativas:

a) en el caso de que la Asociación estuviere convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo arbitral por el que se encomienda la solución del litigio a Aeade, continuará con la tramitación del procedimiento arbitral, con las reservas sobre la provisión de fondos previstas en este Reglamento, sin perjuicio de la admisibilidad o el fundamento de las excepciones que pudieran oponerse. En este caso, corresponderá al Colegio Arbitral tomar toda decisión sobre su propia competencia.

b) si la Asociación no estuviere convencida, *prima facie*, de la posible existencia de un acuerdo arbitral por el que se encomienda la solución del litigio a Aeade, notificará a las partes que el arbitraje no puede proseguir.

2. En el caso de que la parte actora manifestase su desacuerdo con esta decisión en el plazo de cinco días desde su recepción, la Asociación completará el nombramiento de los árbitros de conformidad con la petición de la parte actora y con el Reglamento, siempre y cuando la parte actora hubiera satisfecho las provisiones a las que estuviese obligada. Una vez nombrados, los árbitros emitirán una decisión en la que revisarán la de la Asociación. La decisión de los árbitros adoptará la forma de *Laudo* parcial y deberá ser adoptada en un plazo máximo de 30 días desde la aceptación de los árbitros. Si la decisión de los árbitros ratificase la adoptada por la Asociación, los árbitros condenarán a la parte actora al abono de la totalidad de las costas generadas hasta ese momento.

3. Las reglas contenidas en el apartado anterior se aplicarán igualmente a la reconvencción, considerándose como parte actora a la reconviniente y como parte demandada a la reconvenida.

competentes; algunos le han otorgado simplemente una eficacia *ex contractu*, de tal manera que su cumplimiento sólo lleva aparejada la indemnización de daños y perjuicios; unos la conciben como estadio preparatorio del compromiso, necesitándose del auxilio judicial para dotarle de plena eficacia; otros, incluso, han consentido la revocación unilateral de la cláusula, antes de sentencia²⁴.

En Francia es, en materia de comercio internacional, donde se abre camino a la visión moderna y generalizada de la validez de la cláusula compromisoria, abstrayéndose del rigor exigido en el derecho interno para el compromiso. La jurisprudencia francesa allanó el camino al considerar legítimo que las partes convengan referirse a una ley extranjera que considerase válida la cláusula compromisoria, ya que la nulidad de la cláusula compromisoria no se consideraba de orden público. El elemento

que acabó por conformar lo que ahora entendemos por Derecho de Arbitraje fue el renacimiento de los intereses del comercio internacional que justifican un tratamiento diferente del reservado a la materia en Derecho interno donde la validez de la cláusula compromisoria ya no se fundamentaría en la consideración de que las partes se hayan referido a una ley extranjera que sí la admite, si no directamente, por abordar una materia objetiva correspondiente a los intereses del comercio internacional.

El Código de Procedimiento Civil, en una versión actualizada tras la reforma de 1980, distingue entre compromiso y cláusula compromisoria, pero los sitúa en el pie de igualdad, y ambos producen el efecto de poner en marcha el proceso arbitral (artículo 1.445 del Código de Procedimiento Civil). A la nueva categoría acuñada, el convenio arbitral, se le asignan toda una serie de disposiciones comunes²⁵.

²⁴ MERINO MERCHÁN, Jose F. y CHILLÓN MEDINA, Jose M^a. *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera edición. Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006. p.1.131.

²⁵ Artículo 1442º (Introducido por el Decreto Nº 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981 modificado JORF de 21 de mayo de 1981) La cláusula compromisoria es aquel convenio en virtud del cual las partes de un contrato se comprometen a someter a arbitraje los litigios que pudieran surgir en relación con ese contrato. Artículo 1443º (Introducido por el Decreto Nº 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981 modificado JORF de 21 de mayo de 1981) La cláusula compromisoria sólo será válida si se estipula por escrito en el contrato principal o en un documento al que aquél haga referencia. Asimismo, para ser válida, la cláusula compromisoria habrá de designar al árbitro o árbitros, o bien prever la forma de proceder a su designación. Artículo 1444º (Introducido por el Decreto Nº 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981 modificado JORF de 21 de mayo de 1981) En caso de que, surgida la controversia, la constitución del tribunal arbitral se enfrente a alguna dificultad provocada por alguna de las partes u ocasionada al proceder a su designación, el presidente del Tribunal de *Grande Instance* designará al árbitro o árbitros. Esta designación, no obstante, la efectuará el presidente del tribunal de *commerce* si el convenio lo hubiera previsto expresamente. En caso de que la cláusula compromisoria sea manifiestamente nula o insuficiente para permitir la constitución del tribunal arbitral, el presidente lo hará constar y declarará que no ha lugar a la designación del árbitro o árbitros Artículo 1445. Introducido por el Decreto Nº 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981 modificado JORF de 21 de mayo de 1981. La controversia se someterá al tribunal arbitral sea conjuntamente por las partes, sea por la más diligente de ellas. Artículo

Por su parte, en Alemania se ha venido generalmente admitiendo la validez de la cláusula compromisoria, tanto en materia comercial como civil, aunque debe ser redactada por escrito y, salvo en materia comercial, resultar de un documento que no contenga ninguna otra estipulación. Por lo demás, tanto la jurisprudencia como la doctrina alemana han de distinguir como presupuesto de la institución de arbitraje entre la cláusula compromisoria y el compromiso propiamente dicho.

El derecho italiano del arbitraje se alinea ya con las tendencias del derecho arbitral moderno, incluyendo la configuración unitaria de la cláusula compromisoria y del compromiso²⁶.

Las legislaciones estatales modernas se alinean con el principio de reconocimiento de la validez de la

cláusula, asimilándola al compromiso y admitiendo la eficacia del convenio arbitral, al igual que el derecho positivo de las Convenciones supranacionales, empezando por el Protocolo de Ginebra de 1923²⁷. El Convenio de Ginebra de 1927, relativo a la ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, a su vez se ratificaba en el principio de su precedente, reconociendo “la autoridad de toda sentencia arbitral recaída como consecuencia de un compromiso o cláusula compromisoria señalada en el Protocolo relativo a las cláusulas de arbitraje”. La validez de la cláusula quedaba así establecida, aunque con la eventual limitación, sujeta a reserva, de considerarla únicamente respecto de los contratos calificados como comerciales por la legislación interna del Estado reservante (apartado 2, artículo 1, del Protocolo). No entraremos en este elemen-

1446° Introducido por el Decreto N° 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981 modificado JORF de 21 de mayo de 1980. En caso de que fuese nula, la cláusula compromisoria se tendrá por no puesta Artículo 1447° (Introducido por el Decreto N° 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981 modificado JORF de 21 de mayo de 1981) El compromiso es aquel convenio en virtud del cual las partes de una controversia ya surgida la someten al arbitraje de una o de varias personas. Artículo 1448° (Introducido por el Decreto N° 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981 modificado JORF de 21 de mayo de 1981) El compromiso sólo será válido si determina el objeto del litigio. Asimismo, para ser válido, el compromiso habrá de designar al árbitro o árbitros, o bien prever la forma de proceder a su designación. El compromiso caducará en caso de que el árbitro designado no acepte la misión que se le haya encomendado. Artículo 1449° (Introducido por el Decreto N° 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981 modificado JORF de 21 de mayo de 1981). El compromiso se hará constar por escrito. Podrá otorgarse por medio de acta suscrita por el árbitro y las partes. Artículo 1450° (Introducido por el Decreto N° 81-500 de 12 de mayo de 1981, Boletín Oficial de 14 de mayo de 1981 modificado JORF de 21 de mayo de 1981). Las partes estarán facultadas para celebrar un compromiso aunque el proceso ya estuviera en curso ante otro tribunal.

²⁶ MERINO MERCHÁN, Jose F. y CHILLÓN MEDINA, Jose M^a. *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera edición. Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006. p.1031-1033.

²⁷ En su artículo 1°, reconocía la validez de “un acuerdo referido a diferencias actuales o futuras por el que las partes de un contrato convienen en someter al arbitraje todas o cualesquiera diferencias que puedan suscitarse respecto a tal contrato, incluso si este arbitraje debe tener lugar en país distinto de aquel al que está sometida la jurisdicción de cada una de las partes”.

to subjetivo dado que algunos Estados han interpretado, a su antojo, dicha calificación para esquivar el principio reseñado; algo que afortunadamente se superará.

La Convención de Nueva York, de la que se ha hablado tanto tras su 50 aniversario donde podemos distinguir entre *simplemente defensores* (que consideran debe modificarse para ajustar la Convención a los *nuevos tiempos*) y los *admiradores* que entienden que “lo mejor es enemigo de lo bueno” y no debe apenas modificarse, vuelve a confirmar el principio de la validez de la cláusula y da un paso adelante en la unificación de compromiso y cláusula compromisoria introduciendo una mayor flexibilidad en la norma, admitiendo que este *acuerdo por escrito* pueda ser contenido, como es práctica usual en el comercio internacional, dentro de un intercambio de cartas, telegramas, etc.: punto éste que incorpora dándole mayor amplitud, si cabe, la Convención Europea de 1961 que obliga a los Estados, asimismo, a reconocer los convenios de arbitraje que se suscriban entre personas físicas o jurídicas que tengan, en el momento de la conclusión del contrato, su residencia habitual o su sede en Estados contratantes diferentes²⁸.

Todavía, son numerosos los artículos de opinión que nos llevan a pensar que los caminos siguen cruzándose y vamos hacia

pero no en una dirección unitaria. Incluso la interpretación del convenio por referencia tiene varios matices, como bien dice FRANCO VERGEL y con quien coincidimos, al decir que en arbitraje, a pesar de la cada vez mayor armonización a nivel internacional, siguen existiendo muchos temas en los que cada jurisdicción aporta un enfoque distinto, normalmente sobre cuestiones que van más allá del mero ámbito del arbitraje y entran de lleno en el ámbito contractual. Es lo que sucede con los acuerdos de sometimiento a arbitraje incorporados en contratos mediante referencia a documentos desconocidos para una de las partes donde hay diferencias importantes entre el Derecho inglés y el Derecho español y que ha sido puesto de relieve por la reciente sentencia de la Corte de Apelación inglesa en el asunto *National Navigation Co v Endesa Generación SA The “Wadi Sudr”* y analizado por este autor²⁹.

La evolución general del derecho arbitral fue en el sentido de unificar ambas modalidades de convenio en cuanto a sus efectos. Y ello aconteció progresivamente tanto en el campo del arbitraje interno, como, prioritariamente en el campo del arbitraje internacional.

2.4. Derecho español

Ya la ley de arbitraje de 1988 eliminaba, en el tronco del arbitraje común,

²⁸ A los fines de la aplicación del presente convenio se entenderá: a) “Acuerdo o compromiso arbitral”, bien sea una cláusula compromisoria incluida en un contrato, o bien un compromiso, contrato o compromiso separado, firmado por las partes o contenido en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor, y en las relaciones entre Estados cuyas leyes no exigen la forma escrita para el acuerdo o contrato arbitral, todo acuerdo o compromiso estipulado en la forma permitida por dichas leyes.

²⁹ FRANCO VERGEL, Manuel. *La incorporación de cláusulas arbitrales por referencia*. Kluwerarbitrationblog. 19 de marzo de 2010.

la distinción entre cláusula compromisoria y compromiso. Coincidimos con MERINO MERCHÁN en que esta eliminación constituyó una de las piezas esenciales en el sistema pergeñado por la Ley de Arbitraje Privado de 1953. A partir de ese momento se empieza a hablar de convenio arbitral, como única categoría, tanto en lo relativo a “cuestiones litigiosas (...) surgidas o que puedan surgir” (artículo 5.1º) – con lo que se admite, no obstante, la diferenciación de fondo-, pudiéndose concertar al propio tiempo como “cláusula incorporada a un contrato principal o por acuerdo independiente del mismo” (artículo 6.1º)³⁰.

La vigente ley del 2003 parte de análogo planteamiento para las modalidades del convenio, manteniendo la configuración unitaria del convenio arbitral, comprensivo de cláusula compromisoria y compromiso, expresión que surgió precisamente del derecho comparado para unificar estas dos modalidades de cláusula. Por otro lado, hemos de diferenciar este concepto, como dice MERINO MERCHÁN del denominado contrato de arbitraje, que también de forma significativamente mayoritaria, se predica de aquel que vincula a los árbitros con las partes o a los árbitros con la institución y que, como contenido, presenta una parte sustancial del estatuto de los árbitros. Convenio y contrato de arbitraje, se proyectan, justifican y operan en ámbitos bien distintos.

3. APUNTES PRÁCTICOS. EL CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL

No vamos a dedicar muchas más líneas a la autonomía de la voluntad de las partes pero vamos a intentar analizar uno de los aspectos que no han sido tan tratados pero que tienen su especial relevancia y que, a la postre, pueden afectar a la existencia y validez del propio convenio arbitral o, incluso, pueden desproteger el arbitraje, en la medida en que un convenio arbitral mal redactado conlleva consecuencia tanto temporales como de ineficacia que suponen un bombardeo a la esencia y ventajas del arbitraje comercial tanto nacional como internacional.

3.1. Primer acercamiento a los requisitos del Convenio

Ocurre tanto en el arbitraje interno como en el internacional, que no encontramos ningún precepto que agrupe los requisitos del convenio arbitral, salvo, la regulación del requisito de forma, por un lado y, por otro, los demás, fijando la ley que les es aplicable. Se distinguen, por un lado, los requisitos de la capacidad de las partes, analizado de forma profusa por la doctrina³¹ y, por otro, las demás cuestiones determinantes de la existencia y validez del convenio³².

Si no queremos sorpresas ni contratiempos y como consecuencia inmediata de la exigencia de la forma

³⁰ CREMADES, B.M. “*El Convenio arbitral*”. En: *La Ley*. Núm. 5754, 4 de abril de 2003.

³¹ Recomendamos la lectura de: Jose F. MERINO MERCHÁN y Jose M^a, CHILLÓN MEDINA. *Tratado de Derecho Arbitral*. Tercera Edición, Navarra: Editorial Thomson-Civitas, 2006. pp.1.177-1.219.

³² Arts. V.1,a) del Convenio de Nueva York y VI.2 del Convenio de Ginebra.

escrita para el convenio arbitral, es la necesidad de hacer figurar en él una serie de menciones, para que el arbitraje pueda tener lugar y se desarrolle sin contratiempos hasta sentencia.

No hay despacho colectivo ni abogado que no le dedique tiempo suficiente a la redacción del convenio arbitral, que reviste enorme importancia, tanto por las consecuencias positivas de una correcta redacción como de las nefastas consecuencias para la parte cuyo abogado no haya analizado aspectos sustanciales del convenio arbitral. El convenio implica la competencia arbitral y la incompetencia de los Tribunales judiciales, de ahí la importancia de su redacción. Al redactar toca determinar las normas de procedimiento aplicables, las formas de designación de los árbitros y otras menciones, según los casos, convenientes o necesarias.

En algunos ordenamientos jurídicos se advierte, bajo pena de nulidad, la omisión de algunas menciones mínimas en el convenio arbitral, sobre todo cuando se vincula la validez a la forma solemne del compromiso. La nulidad o no del convenio que no contenga las menciones mínimas marcadas por la ley aplicable es cuestión de importancia por sus consecuencias

operativas para que entre en funcionamiento. Por ello, debe contener en sí mismo los elementos necesarios para la constitución del tribunal arbitral y la organización del procedimiento que desemboquen finalmente en una sentencia.

Somos de la opinión de que el Acta de Misión recogido en algunos Reglamentos Institucionales o las Audiencias Previas, en otros, fueron pensados para tener la oportunidad de completar o suplir las omisiones de las partes, tanto en el reglamento institucional por así preverlo la institución arbitral, bien por posibilitarlo una norma determinada en un arbitraje *ad hoc*, bien por disposición concreta de la Ley aplicable. Todo ello sin tener en cuenta la postura procesal de las partes que, en caso de poder encontrar una pequeña ventana hacia la contaminación del proceso, harán lo posible para hacer la legítima defensa de los intereses de su cliente.

De ahí que los árbitros o instituciones de arbitraje cuenten con un mínimo de denominaciones que revelen la inequívoca voluntad de las partes de acudir al arbitraje y la forma en que este proceso va a desarrollarse para evitar que una deficiente redacción del convenio arbitral impida acudir de una forma *limpia* a solucionar la controversia vía arbitraje³³.

³³ Artículo 3.2 del Reglamento de la Asociación Europea de Arbitraje: Se entenderá que las partes encomiendan la administración del arbitraje a la Asociación cuando el acuerdo arbitral someta la resolución de sus diferencias, entre otras posibilidades, a) a "la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad" o a la "Asociación Europea de Arbitraje" o a la "Asociación de Arbitraje de Madrid" o a "Aeade"; o b) al "Reglamento de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad" o al "Reglamento de la Asociación Europea de Arbitraje" o al "Reglamento de la Asociación de Arbitraje de Madrid" o al "Reglamento de Aeade"; o c) a las "reglas de arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje de Derecho y Equidad", "reglas de arbitraje de la Asociación Europea de Arbitraje" o a las "reglas de arbitraje de la Asociación de Arbitraje de Madrid" o a las "reglas de arbitraje de Aeade"; o d) utilicen cualquier otra expresión análoga.

Considerando además que la interpretación del convenio, puede entenderse en forma restrictiva, el contenido debe delimitarse, en lo esencial, de forma rigurosa. De lo contrario es posible que no se desplieguen los efectos del convenio, por estar en presencia de cláusulas patológicas, que no resulta imposible completar o interpretar.

Traemos a colación, por ser reciente una resolución de la Audiencia Provincial de Madrid que anula un laudo parcial³⁴ porque estima que los árbitros no eran competentes para decidir sobre la controversia. Coincidimos con la periodista MERCEDES SERRALLER en aconsejar a las empresas que extremen el cuidado en la redacción e interpretación de las cláusulas arbitrales incorporadas a los contratos. El laudo parcial resolvía la cuestión de

competencia, en el que el tribunal arbitral entendía que el convenio arbitral era válido y ellos competentes para resolver la cuestión principal. La consecuencia más dramática es para la compañía que se encuentra con una demora procesal que reduce sino elimina una de las ventajas que califican y bendicen el arbitraje.

Cada vez son más los expertos que, ante la duda, prefieren acudir a la cláusula recomendada por la propia institución arbitral³⁵ que asegura los plenos efectos positivos y negativos con su inclusión y evita interpretaciones que limen la eficacia del convenio arbitral³⁶.

Otras cortes internacionales de referencia hacen lo propio y consideramos que para evitar sustos y cortes de digestión se debe acudir a la cláusula recomendada

3.3. La sumisión al Reglamento de Arbitraje se entenderá hecha al Reglamento vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, de conformidad con las disposiciones del Reglamento. Este criterio interpretativo resultará aplicable en todos los supuestos, salvo acuerdo expreso en contrario de las partes para someterse al Reglamento vigente a la fecha de suscripción del acuerdo arbitral. 3.4. La referencia a la "Ley de Arbitraje" se entenderá realizada a la legislación específica aplicable y vigente en el momento de presentarse la solicitud de arbitraje, de conformidad con las disposiciones del Reglamento.

5. Hasta la constitución del Colegio Arbitral, la Asociación resolverá de forma definitiva cualquier particular interpretativo de este Reglamento de oficio o a instancia de cualquiera de las partes o de los árbitros designados y no confirmados.

³⁴ Publicado el 16-11-2009, por Mercedes Serraller. Madrid // Expansión.com.

³⁵ Cláusula recomendada por la Corte de Arbitraje de Madrid: Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o terminación, será resuelta definitivamente mediante arbitraje [de Derecho/equidad], administrado por la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, de acuerdo con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El tribunal arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [tres/un único] árbitro[s] y el idioma del arbitraje será el [español/otro]. La sede del arbitraje será [ciudad + país].

³⁶ Cláusula recomendada por la Asociación Europea de Arbitraje, Aeade: Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él –incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o terminación– será resuelta definitivamente mediante arbitraje [de derecho/equidad], administrado por la Asociación Europea de Arbitraje de Madrid (Aeade), de conformidad con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El Tribunal Arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [un único/tres] árbitro[s] y el idioma del arbitraje será el [español/otro]. La sede del arbitraje será [ciudad + país].

y no querer ser “más papista que el papa” en asuntos de tanta relevancia económica y jurídica, aunque algunas, como la LCIA distingue entre la redacción en caso de controversias futuras o presentes³⁷.

Es evidente que la redacción de todas ellas es muy similar. Aún así y dado el carácter internacional del arbitraje y ante dudas o contradicciones en las versiones en los muchos idiomas que la institución arbitral traduce el reglamento y el convenio arbitral, cada vez es más frecuente encontrarnos con cláusulas que determinan la prelación de un versión sobre las demás³⁸.

Por ello, debemos recomendar las siguientes menciones:

3.2. Objeto de la controversia

Mención necesaria, en primer lugar, es el objeto de la controversia: la descripción de la relación de litigios que las partes someten a arbitraje. Y ello vale tanto respecto del arbitraje institucionalizado como del arbitraje *ad hoc*. Como hemos visto, en el caso del arbitraje administrado, las instituciones disponen de fórmulas acuñadas para cubrir con ellas todas las

eventualidades que se puedan presentar. La recomendación que a este respecto se hace, es que se proceda a redactar una fórmula amplia y globalizadora por medio de categorizaciones generales, en lugar de fórmulas descriptivas o enumerativas. La interpretación restrictiva dejaría fuera del arbitraje pactado aquellas controversias que no se deduzcan clara e inequívocamente de la fórmula empleada.

Se conocen casos de limitación de la categoría de controversias, incluso en función de la cuantía, lo que dota de demasiada subjetividad a su interpretación y, por tanto, incertidumbre. Conocido es el interés de las partes en cuantificar como “indeterminada” una controversia, casi siempre para intentar esquivar la provisión de fondos a la baja, si bien, la propia institución se ocupará de recordar la verdadera cuantía del asunto objeto de controversia.

La institución arbitral ha de estar correctamente identificada, teniendo competencia sobre la materia en conflicto; a falta de ello puede producirse la no aceptación del arbitraje por la institución y la competencia a su vez de los Tribunales judiciales, si entienden que no consta la

³⁷ Cláusula recomendada CCI: Todas las desavenencias que deriven de este contrato o que guarden relación con éste serán resueltas definitivamente de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional por uno o más árbitros nombrados conforme a este Reglamento. Cláusula recomendada LCIA: (I) Controversias futuras. Cualquier controversia surgida de o en relación con este contrato, incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o extinción, se someterá y será finalmente resuelta mediante arbitraje de acuerdo con el reglamento de arbitraje de la LCIA, Reglamento que se entiende incorporado por referencia a esta cláusula. El número de árbitros será (uno/tres). La sede de arbitraje será (ciudad y/o país). El idioma del arbitraje será (). La Ley aplicable al contrato será la ley sustancial de (País) .

³⁸ Asociación Europea de Arbitraje, AEADE: En el supuesto de cualquier discrepancia o contradicción entre la versión Española del Reglamento de la Asociación Europea de Arbitraje y el Reglamento en cualquier otro idioma, la versión Española prevalecerá. En el mismo sentido CCI, si bien prevalece, en este caso, la versión inglesa.

voluntad de las partes de acudir a la vía arbitral.

A veces nos encontramos con identificaciones demasiado abiertas. Nos viene a la memoria un convenio arbitral que establecía que las partes aceptaban acudir al arbitraje del Tribunal Arbitral de Madrid en el que la parte demandante, ante la existencia de no menos de 4 instituciones arbitrales en Madrid, (Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje de Madrid, CIMA, la Corte del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, la Asociación Europea de Arbitraje de Madrid, Aeade, Arbitralia, la Corte Española de Arbitraje del Consejo Superior de Cámaras (...), se topó con un problema no previsto cuya interpretación podía suponer mucho más que perder que ganar. Ante esta disyuntiva, afortunadamente, la buena fe procesal de la parte demandada hizo que se pactase la institución arbitral y así evitar un posible motivo de anulación del laudo o de rechazo de todas y cada una de las instituciones arbitrales³⁹.

3.3. Nombramiento de árbitros

Mención necesaria es también la designación del reglamento de la institución de arbitraje, en la modalidad de institucionalizado, y si el arbitraje es *ad hoc*, la forma de designación de los árbitros.

Los árbitros son expertos en la materia objeto de controversia o, al menos, deberían serlo. En el arbitraje institucionalizado será responsabilidad de las partes y, en caso de no haber acuerdo en la designación del tribunal arbitral, de la propia institución, de, cumpliendo los más elementales principios de transparencia, independencia e imparcialidad, optar por un árbitro especializado y experto, tanto por el bien del propio procedimiento arbitral como para evitar tender a la judicialización del arbitraje⁴⁰.

Generalmente, los reglamentos institucionales subsanan la ausencia de determinados pactos donde suelen hacer prevalecer el arbitraje en derecho sobre

³⁹ Aplaudimos la recomendación del Club Español del Arbitraje de que los reglamentos en España busquen cierta homogenización para evitar este tipo de problemas de interpretación.

⁴⁰ El reglamento CIETAC tiene un apartado que dice: 1. Este Reglamento se aplica uniformemente tanto a la CIETAC como a sus Sub-Comisiones. Cuando los procedimientos arbitrales son administrados por una Sub-Comisión, las funciones y los deberes fijados al Presidente, a la Secretaría y a la Secretaría-General de la CIETAC, bajo este Reglamento, serán ejercidos respectivamente por un Vice-Presidente autorizado por el Presidente, por una secretaria y por una Secretaría-General de la Sub-Comisión respectiva, excepto con relación a la toma de decisiones en relación a la recusación de árbitros.

Y el reglamento Aeade, en su artículo 1.3 establece: La Asociación o su Junta Directiva podrá delegar en uno o en varios Comités de Expertos alguna o algunas de las cuestiones derivadas del propio Reglamento y, en especial, la designación del árbitro único o miembros del Colegio Arbitral, de acuerdo con las necesidades de sectores económicos concretos, la necesaria especialización de los árbitros, la agilidad del procedimiento arbitral y en atención a las circunstancias que establezca la Secretaría de la Asociación.

Cada Comité de Expertos podrá tener un Presidente, que será designado por la Secretaría General de Aeade y que podrá no ser asociado de Aeade, y un Secretario que será, en todo caso, la persona que ostente la Secretaría General de la Asociación o persona que éste designe.

la equidad, el árbitro único en lugar del Colegio Arbitral, y el mecanismo completo de designación que tenderá a evitar que la designación del árbitro/s experto/s sea una rémora del propio arbitraje e, incluso, la sede y ley aplicable. Coincidimos con MERINO MERCHÁN en que si no se recurre a la determinación de un tercero o institución (*appointing authority*), la cláusula es inoperante, por lo general, de no intervenir supletoriamente una norma convencional internacional o de Derecho nacional.

Debemos insistir en que igual de importante es para la pureza del arbitraje que los árbitros respondan a los cuestionarios y al *conflict checking* que redactan las instituciones arbitrales como a la declaración del árbitro de estar disponible para dirigir el arbitraje hasta la emisión del laudo comprometiéndose a cumplir los plazos establecidos. La “eternidad” de algunos arbitrajes internacionales no hace sino menoscabar su idoneidad y consideramos que el compromiso de disponibilidad debe estar presente, cada vez de forma más alta, en los procedimientos de designación.

3.4. Sede y Lugar del arbitraje

Parte de la doctrina sitúa esta mención en un escalón inferior a las anteriores, si bien, en las últimas fechas, a la hora de negociar el convenio arbitral, la sede o el lugar del arbitraje se puede llegar a convertir en la principal batalla de la negociación contractual.

Consideramos y aconsejamos que se tome el tiempo y se haga el estudio necesario para intentar elegir una sede idónea a los intereses de la parte a la que estamos aconsejando o, en el caso de una institución arbitral, a ambas partes que solicitan una recomendación de la propia institución.

No olvidemos que en la elección de la sede o del lugar del arbitraje entran en juego aspectos subjetivos difícil de modelar, tales como la creencia de la parte de jugar en campo ajeno si se elige como sede no sólo el Estado de la otra parte contratante, sino también el continente o un continente afín. Evidentemente hay ocasiones en los que la negociación es imposible y se impone la elección de la sede y de la Institución arbitral por la diferencia importantes de fuerza en la negociación, sobre todo cuando una parte contratante es un Estado o una gran multinacional, sobre todo en grandes contrataciones del sector energético y otras, el margen de negociación es mayor pero insuficiente⁴¹.

Las diferentes culturas, idioma, costumbres e, incluso, creencias religiosas son aspectos relevantes en estas, a veces duras, negociaciones. El veto a alguna sede es cada vez más frecuente aunque sea solamente para dar la sensación de fuerza en la negociación, veto, que se hace extensivo, en ocasiones, a la hora de componer el tribunal arbitral. Consideramos que si bien en ocasiones las posturas de alguna de las partes es exageradamente contaminante, para

⁴¹ Como en el caso de las inversiones en China donde en el mejor de los casos se tiene como *second best place* Hong Kong.

anticiparse a una ulterior controversia, estas negociaciones enriquecen la figura del arbitraje asimilándose, cada vez más, a una gran partida de ajedrez, donde las estrategias en la negociación pueden decantar un futuro arbitraje a favor o en contra de una de las partes. Al menos, esa es la creencia de algunos negociadores.

3.4.1. Aspectos imprescindibles a la hora de elegir la sede

La doctrina en este punto es unánime y apuntan a tres requisitos indispensables para, si la negociación lo permite, seleccionar la sede.

El primer requisito es la certeza de que el Estado sede de un posible arbitraje haya suscrito el Convenio de Nueva York⁴² si bien debemos estar atentos a las reservas depositadas por los Estados.

Al final del Artículo Primero de la Convención de Nueva York aparecen las dos importantes reservas que los Estados adherentes pueden depositar, para restringir su aplicación.

La primera reserva y más común a la Convención es la llamada “reserva de reciprocidad” En base a la misma, el Estado puede establecer que sólo aplicará la Convención en relación a sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado Adherente a la misma. La

Convención sigue una moderna tendencia universalista, debiendo cada adherente decidir a través de la reserva si aplicará la Convención en relación a sentencias dictadas en cualquier Estado, o solamente en aquellos Estados Partes de la misma. Evidentemente, el significado práctico de dicha reserva decrece en proporción inversa al número de Estados adherentes.

La segunda reserva o reserva comercial prescribe que los Estados Partes podrán declarar que solo aplicarán la Convención a litigios surgidos de relaciones jurídicas consideradas comerciales por su derecho interno. En ese sentido, si un Estado no deposita la reserva, como es el caso de España, la Convención se aplicará también a cuestiones no-comerciales.

En este punto, la Convención de Nueva York es más amplia que la Convención de Panamá de 1975, que no ofrece opción, rigiendo exclusivamente para diferencias de carácter mercantil.

Tenemos entonces que conocer la legislación interna de cada Estado relativa a la calificación de cuales son relaciones jurídicas comerciales, y cuales no. Tarea complicada dada la vorágine legislativa en materia arbitral de los Estados⁴³.

Coincidimos con LUIS A. BREUER en la razón histórica de esta reserva, ya que habría sido introducida en el texto de

⁴² A fecha 31 de diciembre de 2009 ciento cuarenta y cuatro Estados habían firmado la Convención de Nueva York sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras.

⁴³ Es de agradecer el trabajo recopilatorio recogido en el libro *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Marco legal y jurisprudencial Coordinadores: CONEJERO ROOS, Cristian; HIERRO HERNÁNDEZ-MORA, Antonio; MACCHIA, Valeria y SOTO COAGUILA, Carlos de la Editorial La Ley, 2009. Trabajo que será, seguramente, actualizado anualmente incluyendo la actualización normativa en materia arbitral.

la Convención para facilitar la adhesión de países del bloque civil, que poseían códigos civiles y comerciales separados. Estos habían solicitado la reserva, debido a que admitían el arbitraje sólo en cuestiones reguladas por sus Códigos de Comercio, que a la vez, eran las únicas que podían ser objeto de transacción.

No entraremos a analizar el alcance del término *comercia*” de los diferentes Códigos de Comercio sino que nos limitaremos a defender que el depósito de esta reserva produciría limitaciones innecesarias especialmente teniendo en cuenta las necesidades cada vez mas crecientes del tráfico internacional, así como la aparición de nuevas figuras contractuales y nuevos aspectos de actividad económica transnacional. Es posible que sean éstas algunas de las razones por las cuales menos de un tercio de los Estados adherentes hayan depositado esta reserva.

El segundo requisito reside en la seguridad de que el Estado elegido como sede o lugar de arbitraje cuenta con una legislación moderna de arbitraje, algo fácil de comprobar, y, por último, el tercer requisito reside en el apoyo de los Jueces y Tribunales del Estado sede para que no menoscabe la eficacia del laudo porque la elección de la sede determina asimismo la competencia de los tribunales judiciales de apoyo y de control a través normalmente de la acción de anulación contra el laudo arbitral dictado y la ejecución forzosa del mismo.

No olvidemos que la esencia de la Convención de Nueva York 1958 y de Panamá 1975 son muy similares, y difieren solamente en aspectos puntuales y que, en términos generales, imponen a tribunales

locales la obligación de reconocer la validez de acuerdos arbitrales, sujeto a excepciones específicas; remitir a las partes al arbitraje cuando hayan celebrado un acuerdo arbitral válido y, reconocer y ejecutar una sentencia arbitral extranjera, sujeto a excepciones específicas, a través de procedimientos no apreciablemente más gravosos que los aplicables a laudos nacionales.

Es importante destacar que la Convención de Panamá introduce una importante innovación, no existente en la de Nueva York al prescribir que cuando las partes no han establecido expresamente normas de procedimiento arbitral, se aplican las reglas de la “Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial”. Esta Comisión ha adoptado reglas casi idénticas a las de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional (UNCITRAL/CNUDMI), que han sido redactadas, negociadas y consensuadas por juristas representantes de numerosos países miembros de las Naciones Unidas.

Casi siempre la referencia es mayoritaria a la Convención de Nueva York de 1958 por su importancia, por su carácter universal y por el interés que suscita en numerosos congresos, jornadas y seminarios pero su objetivo primordial consiste en facilitar la ejecución de una sentencia arbitral extranjera a través de normas claras y simples, y la remoción de obstáculos que atenten contra dicho objetivo.

3.4.2. Aspectos estratégicos

La determinación del lugar del arbitraje, es todavía, a pesar de la des-

localización creciente del arbitraje internacional, un elemento importante por las consecuencias que se derivan de ello. El lugar del arbitraje, cabe recordar, constituye en muchos ordenamientos la conexión necesaria para la aplicación en forma subsidiaria a la ley de autonomía, del derecho aplicable al procedimiento, como una manifestación de la vinculación existente en este punto. El lugar del arbitraje determina asimismo la competencia de los tribunales judiciales de apoyo a través de la ejecución de las medidas cautelares y de los laudos parciales y finales y de control a través normalmente de la acción de anulación contra el laudo arbitral dictado.

No nos reiteraremos en aquellas cuestiones subjetivas mencionadas que hacen de la negociación un arte a la hora de convencer a la contraparte de la sede idónea. La sede, no olvidemos, suele condicionar la legislación aplicable al fondo de la controversia.

3.5. Idioma

Si bien el idioma inglés sigue siendo el idioma del arbitraje internacional por excelencia, debemos recordar la importancia que, sin duda, tiene el idioma en el arbitraje internacional, aunque la mención, por conveniente que sea, no es tan frecuentemente prevista como tal en el convenio arbitral.

Por otro lado, recordemos que aquellos convenios arbitrales que prevén dos o tres idiomas, no frecuente pero tampoco inusual, repercute directamente en un encarecimiento absurdo del arbitraje e indirectamente en la ralentización del mismo. Al igual que la elección de un Tribunal Arbitral que no domine

(insistimos, donde), el idioma elegido por las partes que afecta, sin ninguna duda, a la calidad tanto del procedimiento arbitral como del laudo. Somos de la opinión, por el bien del arbitraje, que debería ser incluido como causa de abstención y/o recusación el hecho de no conocer y dominar el árbitro/s, como lengua materna, el idioma elegido en el convenio arbitral.

Ha de tenerse en cuenta, que son los reglamentos, también en este punto, los que prevén de conformidad a lo escogido por las partes o con carácter subsidiario, a lo determinado por el tribunal arbitral. Aunque las partes tienen momentos claves para acudir a formalizar la elección del idioma (y concretamente en los mecanismos de fijación de la causa o de acta de misión, Audiencias Previas, o similares) siempre resulta útil que lo hagan ya en el convenio arbitral, a falta de lo cual, será el tribunal arbitral el que realice esta determinación. La ley española, en su artículo 28º establece en primer lugar la elección de las partes del idioma o los idiomas del arbitraje, y a falta de acuerdo serán los árbitros los que decidan, atendidas las circunstancias del caso. Es por ello que, si no mención necesaria, es al menos conveniente la elección del idioma por las partes incluida en el convenio, que será normalmente el mismo idioma del contrato principal. El idioma se extiende a los escritos de las partes, las audiencias, laudos y demás decisiones o comunicaciones de los árbitros según el artículo 28.1 de la ley española, aunque es posible, según lo determinen los árbitros, que salvo oposición de alguna de las partes, los árbitros puedan ordenar que sin necesidad de proceder a su traducción, cualquier documento sea aportado o cualquier actuación realizada en idioma

distinto al del arbitraje (artículo 28.2) con el encarecimiento del arbitraje.

3.6. Procedimiento

Aspecto éste que se resuelve, como es obvio, en el arbitraje, institucionalizado o semiorganizado a los que son aplicables los reglamentos que contienen de forma pormenorizada los procedimientos a desarrollar ante los árbitros. En los arbitrajes *ad hoc* el procedimiento al menos en sus lineamientos esenciales, debe ser mencionado en el convenio arbitral, aunque se estima que hayan de ser los árbitros los que ejerzan los poderes propios de impulsión e interpretación, adoptando en el curso del proceso arbitral las medidas oportunas para que el arbitraje se lleve a cabo.

3.7. Cláusula arbitral patológica. Concepto y alcance

En la práctica arbitral nos encontramos, en más ocasiones que las deseadas con cláusulas arbitrales que no cumplen con los estándares mínimos para acudir, sin fisuras al arbitraje.

Por un lado nos encontramos con cláusulas que no especifican correctamente la institución arbitral, los árbitros, el lugar u otros datos que tienen que ser interpretados por jueces, de alguna manera rellenando lo que falta en la cláusula arbitral. Consideramos que toda cláusula que necesite de una interpretación judicial o arbitral supone desnaturalizar el propio arbitraje porque se rompe la ventaja de la celeridad y de la eficacia respecto a los tiempos de las jurisdicciones estatales.

Otras veces, por no ser el consentimiento claro, preciso y determinante de las partes, como declaración de voluntades concordes de someterse a arbitraje, es decir que las partes dejan abiertas puertas a la duda o imprevisión de lo que debe quedar bien explicitado.

Hace escasas semanas se sometió a nuestra interpretación un acuerdo arbitral que dos partes españolas, en la negociación de un contrato marítimo, se remitieron por correo electrónico. El acuerdo arbitral decía textualmente “*18) arbi/ga in beijing and chinese law to be applied*”.

Efectivamente, la parte demandante decidió acudir a la vía judicial y de contrario se planteó una declinatoria de jurisdicción, que solicitaba del Juez que no entendiera del caso y lo remitiera a Pekín para que resolviese vía arbitraje, por entender que las partes habían pactado someter todas sus disputas a arbitraje bajo ley China. EL Juez conocedor fue el Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Valencia, que dicta una muy interesante resolución, Auto de fecha 1 de septiembre de 2010 en el que desestima la declinatoria de jurisdicción por entender que el convenio arbitral es nulo. Aplica el Juez Mercantil la legislación china ya que el artículo 16º de la Ley de Arbitraje de la República Popular China dispone que “un acuerdo arbitral debe incluir las cláusulas arbitrales incluidas en el contrato y en cualquier otra forma escritas de acuerdo concluido antes o después de las disputas acordando la sumisión a arbitraje”. La norma sigue diciendo que “los siguientes contenidos deben incluirse en un acuerdo arbitral: 1.- la expresión de las partes que desean someterse a arbitraje; 2.- las cuestiones sometidas a arbitraje;

3.- La Corte Arbitral elegida por las partes (...). En este punto, la Corte Popular Suprema de la República interpretó, en su resolución de 26 de diciembre de 2005 que “cuando el convenio arbitral establezca que el arbitraje será desarrollado en una institución arbitral, será considerada la institución arbitral elegida; pero cuando en un Estado haya dos o más instituciones arbitrales y no se haya elegido una o no se llegue a un acuerdo, el acuerdo arbitral será nulo”.

Por consiguiente, siendo el acuerdo arbitral tan ambiguo y existiendo en China Cortes Arbitrales que pueden conocer asuntos del sector marítimo, esto es, la Corte China de Arbitraje Económico de Comercio (CIETAC) y la Corte China de Arbitraje Marítimo (CMAC) cuyos reglamentos, además, exigen que el convenio arbitral expresamente disponga que las partes les someten a ellas y a sus reglas de procedimiento el asunto, debe concluirse que el convenio arbitral es nulo y, por tanto, es competente el Juez español.

Creemos que la importancia de errar en el redactado no estriba en si nos encontramos ante un acuerdo arbitral válido o no, atendiendo a la realidad especial negociadora de los contratos de fletamento, sino a que, en este caso, vía declinatoria, un juez decidirá si hay o no acuerdo arbitral porque se ha suscitado, de forma negligente, la duda sobre la existencia y validez del convenio arbitral.

El tema relativo a la existencia y validez del convenio arbitral, requiere, además, como dato previo determinar por quien ha de apreciarse, o sea, la

determinación de la ley aplicable. Podría darse el caso de que, según la legislación española nos encontramos ante un convenio arbitral mientras se está dirimiendo un arbitraje en Beijing donde un árbitro decidirá si hay convenio arbitral y donde decidirá sobre su competencia.

La jurisprudencia española ha analizado esta cuestión en numerosas ocasiones y el resultado es siempre unánime, tanto al analizar la ya derogada Ley 36/88 como la vigente. En este sentido, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) en Sentencia núm. 32/1998 de 28 enero RJ 1998\118 mantiene la ineficacia de la cláusula arbitral, por razón de inexistencia en aplicación tanto del artículo 6 de la Ley española 36/1988, de 5 diciembre, de Arbitraje, que exigía la formalización por escrito (apartado 1) y entiende que el acuerdo se ha formalizado por escrito cuando se halla en documento suscrito por las partes o haya constancia documental de la voluntad de las partes de someterse al arbitraje (apartado 2). El artículo II del Convenio de Nueva York de 10 junio 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, recordemos exige también el acuerdo por escrito, que será el firmado por las partes o contenido en canje de cartas o telegramas.

La Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) núm. 628/2002 de 20 junio va más allá y nos dice que “la sumisión arbitraje ha de ser decisiva, exclusiva y excluyente, y no concurrente o alternativa con otras jurisdicciones”. El mismo Alto Tribunal español exige que para que un convenio arbitral sea tenido por existente, válido, eficaz y vinculante es necesario

que conste debidamente manifestada la voluntad de las partes de someter todas o algunas cuestiones que pudieran plantearse de sus relaciones jurídicas a la decisión arbitral (sentencias de 18-3-2002 [RJ 2002, 2847] , 20-6-2002 [RJ 2002, 5256] y 31-5-2003 [RJ 2003, 5217]).

En definitiva, el redactado del convenio es relevante y las dobles lecturas e interpretaciones sólo pueden causar perjuicio a la parte que lo sufre. No olvidemos que en caso contrario, de aceptarse que nos encontramos ante un convenio arbitral vinculante, los árbitros deberían dictar un laudo delimitado por los puntos litigiosos que las partes sometieron a la decisión de los árbitros, quienes deben pronunciarse sobre todas las cuestiones comprometidas, sin poder extenderse a otras que las partes no han consentido en someterlas. Y esos puntos no se han pactado.

Este fundamento reside en el origen voluntario de la jurisdicción de los árbitros. Si las partes convinieron el arbitraje para resolver determinadas controversias, los árbitros deben ejercer su jurisdicción dentro de los límites marcados por ellas. Para las cuestiones respecto de las cuales no existe pacto arbitral, queda subsistente la jurisdicción de los tribunales estatales que a ese pacto no ha sido renunciada, careciendo los árbitros de facultades para resolverlas. Un laudo arbitral que recaiga sobre cuestiones no sometidas supondría vulnerar la intención de las partes, verdadero alma del arbitraje dando a la renuncia a los jueces del Estado una extensión no deseada.

Así lo establecen legislaciones arbitrales a la vanguardia como Panamá (Artículo 41º(1)(c).- “Que el laudo se

refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o no comprendidas en las disposiciones de la cláusula compromisoria, o contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá conceder el reconocimiento y ejecución a las primeras”); Honduras (Artículo 92º(1)(d).- “Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contenga decisiones que excedan los términos del convenio arbitral. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras”); El Salvador (Artículo 82º(1)(d).- “Que el laudo se refiere a una controversia no prevista en el convenio arbitral o contenga decisiones que excedan los términos del convenio arbitral. No obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras”); y, Guatemala (Artículo 47º(a)(iii).- “Que el laudo se refiera a una controversia no prevista en el acuerdo de arbitraje o contiene decisiones que exceden de los términos del acuerdo de arbitraje; no obstante, si las disposiciones del laudo que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no lo están, sólo se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras”).

Nos quedamos con el consejo de parte de la doctrina que recomiendan

al redactar un acuerdo arbitral, aplicar la premisa “lo menos es lo más” y dado que La Convención de Nueva York no impone particulares requisitos respecto al contenido del convenio arbitral, los Tribunales de aplicación, hacen referencia a una admisión generalizada de la llamada cláusula corta y aunque algunas leyes exigen a este respecto requisitos especiales, por lo general, se admite que basta la referencia a reglamentos institucionalizados para medir el contenido del convenio y su eficacia.

La ley española, por su parte, únicamente exige que conste en el convenio “la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto a una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”. Y ello a través de las modalidades reconocidas y que se condensan en la fórmula unificada de convenio arbitral: el acuerdo independiente y la cláusula incorporada a un contrato (artículo 9.1º).

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN

CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA	19

PRÓLOGOS

JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG.....	25
YVES DERAIS.....	29
PEDRO J. MARTÍNEZ-FRAGA.....	37

ARGENTINA

LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO ARBITRAL

FERNANDO AGUILAR

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA	45
2. CONCEPTO DE AUTONOMÍA	46
3. ¿QUIÉN JUZGA LA NULIDAD DEL CONTRATO?	47
4. LÍMITES A LA AUTONOMÍA	54
5. LAS LEYES APLICABLES.....	57
6. VIGENCIA TEMPORAL AUTÓNOMA	58
7. ¿UN CONTRATO O DOS CONTRATOS?	60
8. EL ARBITRAJE A-NACIONAL	61
9. CONCLUSIÓN.....	63

LAS CLÁUSULAS ‘ESCALONADAS’ DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS (NEGOCIACIÓN, MEDIACIÓN O CONCILIACIÓN PREVIAS AL ARBITRAJE)

ROQUE J. CAIVANO

1. PROLEGÓMENOS.....	66
1.1. PRESENTACIÓN	66
1.2. BREVE REPASO DE ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS.....	67
1.3. LAS RAZONES QUE LLEVAN A LA INCLUSIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS	70
2. EFECTOS.....	72
2.1. LA FASE NEGOCIAL: ¿OBLIGATORIA O FACULTATIVA?	72
2.2. ¿ES EJECUTABLE LA ETAPA PREVIA SI ESTÁ CONCEBIDA COMO OBLIGATORIA?	73
2.3. ¿QUÉ EFECTOS PRODUCE, SOBRE EL ARBITRAJE, EL INCUMPLIMIENTO DE LA ETAPA PREVIA?	76
2.4. ¿PUEDEN PEDIRSE MEDIDAS CAUTELARES SI LA ETAPA NEGOCIAL NO SE CUMPLIÓ?	79
2.5. PROBLEMAS QUE PLANTEAN LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS	80
3. ALGUNAS SUGERENCIAS PARA REDUCIR LOS PROBLEMAS	86
3.1. RECOMENDACIONES PARA LA REDACCIÓN DE CLÁUSULAS ESCALONADAS	86
3.2. QUÉ HACER DURANTE LA ETAPA NEGOCIAL.....	90
4. CONCLUSIONES	91

LA “AUTONOMÍA” DEL ACUERDO ARBITRAL Y EL PRINCIPIO “COMPETENCIA/COMPETENCIA”: UNA PRIMERA MIRADA A CHINA

EMILIO J. CÁRDENAS

1. LA NOCIÓN DE “AUTONOMÍA” DEL “ACUERDO ARBITRAL” Y EL PRINCIPIO DE “COMPETENCIA/COMPETENCIA”	95
2. LA SITUACIÓN EN CHINA. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN	101

EL ACUERDO ARBITRAL Y EL SISTEMA ARGENTINO

RAÚL ANÍBAL ETCHEVERRY

1. LAS PRÁCTICAS Y EL DERECHO DEL ARBITRAJE	105

2. HECHOS Y ACTOS JURÍDICOS	108
3. LOS CONTRATOS	110
4. EL ACUERDO ARBITRAL NO ES UN CONTRATO	113
5. EL ACUERDO ARBITRAL. NATURALEZA JURÍDICA, RASGOS HABITUALES Y OBLIGATORIEDAD	116
6. LAS PRINCIPALES NORMAS LEGALES ARGENTINAS	118
7. ALGUNOS CASOS DE LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA	125
8. CONCLUSIONES	128

LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR VIOLACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL

DIEGO P. FERNÁNDEZ ARROYO - CAROLINE KLEINER

1. INTRODUCCIÓN	131
2. LA VIOLACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL	134
2.1. VIOLACIÓN DE LA DOBLE OBLIGACIÓN POSITIVA Y NEGATIVA	134
i. El juez, sea cual sea, declina su competencia o suspende el procedimiento	135
ii. El juez se declara competente y decide el fondo del litigio	137
a. <i>El juez pertenece a una jurisdicción distinta a la de la sede del arbitraje</i>	137
b. <i>El juez pertenece a la jurisdicción de la sede del arbitraje</i>	137
2.2. LAS CONDICIONES DE LA VIOLACIÓN: UN ACUERDO ARBITRAL VÁLIDO AL CUAL NINGUNA DE LAS PARTES HAYA RENUNCIADO	138
3. EL JUEZ COMPETENTE Y LA LEY APLICABLE EN MATERIA DE INDEMNIZACIÓN POR RUPTURA DEL ACUERDO ARBITRAL	140
3.1. EL JUEZ COMPETENTE	140
3.2. LA LEY APLICABLE	141
4. MODALIDADES DE LA ACCIÓN DE RESPONSABILIDAD POR VIOLACIÓN DEL ACUERDO ARBITRAL	143

4.1. LA EXTENSIÓN DEL DAÑO REPARABLE.....	143
4.2. LA OBLIGACIÓN DE MINIMIZAR EL DAÑO	144
5. CONCLUSIÓN.....	144

EL ARTÍCULO II (2) DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK ES AHORA UN PROBLEMA

FEDERICO GODOY - JUAN SONODA

1. EL ACUERDO ARBITRAL EN EL ARTÍCULO II (2) DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK	147
2. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO II (2) POR LOS TRIBUNALES JUDICIALES.....	148
2.1. INTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DE FIRMAS O INTERCAMBIO DE DOCUMENTOS	148
2.2. APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA BUENA FE Y LOS ACTOS PROPIOS	151
3. CONCLUSIONES	152

EL ACUERDO ARBITRAL Y LA PARADOJA ARGENTINA

OSVALDO J. MARZORATI

1. INTRODUCCIÓN.....	155
1.1. ANTECEDENTES	157
1.2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y EL COMPROMISO ARBITRAL	159
2. LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL	163
2.1. LA AUTONOMÍA Y LA CUESTIÓN DE LA ARBITRABILIDAD.....	163
2.2. EL ARBITRAJE Y LA CUESTIÓN DE LA COMPETENCIA-COMPETENCIA.....	168
3. LA CUESTIÓN DE LA AUTONOMÍA Y EL ORDEN PÚBLICO	172
4. EL ACUERDO ARBITRAL Y EL DERECHO ARGENTINO.....	176
4.1. LA DECLARACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD Y EL TRIBUNAL ARBITRAL.....	176
4.2. LA EXTENSIÓN DEL CONTROL ARBITRAL SOBRE EL ARBITRAJE EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA.....	178
5. CONCLUSIÓN.....	186

LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE EN EL DERECHO ARGENTINO

IGNACIO J. MINORINI LIMA

1. INTRODUCCIÓN.....	189
2. LA AUTONOMÍA DEL ACUERDO DE ARBITRAJE: LINEAMIENTOS BÁSICOS.....	190
3. EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA EN EL DERECHO ARGENTINO.....	194
3.1. LA SITUACIÓN LEGISLATIVA	194
3.2. LA SITUACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA	195
4. CONSIDERACIONES FINALES	198

LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO ARBITRAL SEGÚN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958 Y LA RECOMENDACIÓN DE UNCITRAL DE 2006

MARÍA BLANCA NOODT TAQUELA - JULIO CÉSAR CÓRDOBA

1. LA FORMA DEL ACUERDO ARBITRAL	199
2. LA RECOMENDACIÓN DE UNCITRAL RELATIVA A LA INTERPRETACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 1958	201
3. MÉTODOS POSIBLES DE ACTUALIZACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.....	202
4. CARÁCTER VINCULANTE O NO DE LA RECOMENDACIÓN	204
5. FORMA ESCRITA DEL ACUERDO ARBITRAL EN LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK	205
5.1. SUPUESTOS EXPRESAMENTE MENCIONADOS: ACUERDO FIRMADO, CANJE DE CARTAS O TELEGRAMAS	205
5.2. SUPUESTOS NO INCLUIDOS EXPRESAMENTE.....	207
5.3. INCORPORACIÓN POR REFERENCIA	209
5.4. ACUERDOS DE ARBITRAJE ORALES	211
5.5. ACUERDOS ARBITRALES POR MEDIOS ELECTRÓNICOS.....	213
6. EL REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA EN ALGUNOS DERECHOS NACIONALES.....	214

7. CARÁCTER NO EXHAUSTIVO DEL ARTÍCULO II.2 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK, SEGÚN LA RECOMENDACIÓN ADOPTADA POR UNCITRAL EN 2006.....	218
8. APLICACIÓN DE LAS NORMAS MÁS FAVORABLES A LA VALIDEZ FORMAL DEL ACUERDO. EL ARTÍCULO VII.1 DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK ¿A QUÉ DERECHOS SE REFIERE?.....	219
9. CONCLUSIONES	221

EL ACUERDO ARBITRAL: LA RESPUESTA JURÍDICA A LA GLOBALIZACIÓN ECONÓMICA. EL DESPLAZAMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL

GUSTAVO PARODI

1. INTRODUCCIÓN.....	223
2. LA CLÁUSULA ARBITRAL.....	224
2.1. IMPORTANCIA	224
2.2. NECESIDAD. VENTAJAS	225
2.3. INCLUSIÓN EN EL CONTRATO	227
2.4. ELEMENTOS	228
3. LA SEDE DEL ARBITRAJE.....	232
3.1. ELECCIÓN. ARBITRAJE INSTITUCIONAL	232
3.2. CRITERIOS. CONCEPTO JURÍDICO.....	232
4. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ELECCIÓN DE LA SEDE ARBITRAL	233
4.1. CONTROL JUDICIAL.....	233
4.2. EJERCICIO DEL CONTROL JUDICIAL. FORMAS	234
4.3. LÍMITES A LA REVISIÓN JUDICIAL	237
4.4. RENUNCIA A LAS VÍAS RECURSIVAS	239
4.4.1. Manifestaciones. Reglamentos Internacionales.....	239
4.4.2. Alcance. Jurisprudencia.....	241
4.5. DESPLAZAMIENTO DEL CONTROL JUDICIAL.....	242
5. CONCLUSIONES	245

EL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN Y LA CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA

IGNACIO PÉREZ CORTÉS - MARÍA ALEJANDRA ETCHEGORRY

1. EL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIÓN.....	247

2. LA CNMF	249
3. LA POSIBILIDAD DE APLICAR LA CNMF A CUESTIONES RELATIVAS A LA SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	250
3.1. ¿EXISTE UN PRINCIPIO GENERAL?	250
3.2. LA INTERPRETACIÓN DE LA CNMF	252
3.2.1. El texto y el contexto	253
3.2.2. La intención de las partes	257
3.3. ¿LA CNMF COMO BASE DEL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE?	260
4. CONCLUSIÓN	263

LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA ARGENTINA

JULIO CÉSAR RIVERA

1. RECONOCIMIENTO DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DE LA CLÁUSULA ARBITRAL.....	274
2. EL OBJETO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL	275
3. LA REGLA DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA CREADA POR LA JURISPRUDENCIA	277
4. EFECTOS DE LA REGLA DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA	278
5. UN PRECEDENTE RECIENTE: LIMITACIÓN DEL ARBITRAJE A “CUESTIONES DE HECHO”	280
5.1. CONCLUSIÓN	281
6. CRÍTICA A LA REGLA DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA	281
6.1. LA REGLA DE LA INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA ES CONTRARIA A LOS CRITERIOS QUE PRESIDEN LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS	281
6.2. LA REGLA DE INTERPRETACIÓN RESTRICTIVA PROVIENE DE UNA INADECUADA GENERALIZACIÓN DE UNA EXCEPCIÓN	283
6.3. NO HAY NINGUNA RENUNCIA	284
7. CONCLUSIONES	285

CLÁUSULAS ESCALONADAS EN EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN

IGNACIO TORTEROLA

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS	287
2. LAS CLÁUSULAS ARBITRALES ESCALONADAS.....	288
3. LA CLÁUSULA ARBITRAL Y LOS TRIBUNALES INVERSOR- ESTADO. EL TRATAMIENTO DE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL	290
3.1. LA MEDIA CLÁUSULA CALVO: 18 MESES ANTE LA JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES LOCALES	290
3.2. EL PERÍODO DE NEGOCIACIÓN TAMBIÉN LLAMADO “COOLING OFF PERIOD”	292
4. CONCLUSIONES.....	294

CHILE

EL ACUERDO DE ARBITRAJE: LA EXPERIENCIA CHILENA

JOSEFINA CAMPOS L. - FELIPE OSSA G.

1. INTRODUCCIÓN.....	299
2. CLÁUSULAS ARBITRALES PATOLÓGICAS	301
2.1. CONCEPTO	301
2.2. POSIBLES EFECTOS DE LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS.....	301
2.3. LAS CLÁUSULAS EN BLANCO	302
2.4. LAS CLÁUSULAS COMBINADAS Y LA INCORPORACIÓN POR REFERENCIA	302
2.5. INTERPRETACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS.....	303
2.6. TENDENCIAS RECIENTES	306
3. LA OBLIGACIÓN DE LAS PARTES DE SOMETER LA CONTROVERSIA A ARBITRAJE	308
3.1. CUMPLIMIENTO MATERIAL O <i>IN NATURA</i> DE LA OBLIGACIÓN DE ARBITRAR.....	308
3.2. FORMAS DE OBTENER EL CUMPLIMIENTO DEL ACUERDO DE ARBITRAJE EN CHILE	308
3.2.1. La excepción de arbitraje.....	308
3.2.2. El incidente de nulidad de todo lo obrado.....	310
3.2.3. Medidas cautelares	310
4. CONCLUSIÓN.....	311

EL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEY CHILENA: SU NATURALEZA, REQUISITOS Y EFECTOS

GONZALO FERNÁNDEZ RUIZ

1. EL ARBITRAJE EN CHILE: NORMATIVA APLICABLE, DEFINICIONES Y ALCANCE	313
2. EL ACUERDO ARBITRAL EN CUANTO CONTRATO	314
2.1. NATURALEZA JURÍDICA DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y DEL COMPROMISO	314
2.2. REQUISITOS COMUNES A TODO CONTRATO.....	317
2.1.1. Capacidad	317
2.2.2. Consentimiento.....	318
2.2.3. Formalidades	319
2.2.4. Objeto	320
2.2.4.1. Validez de la cláusula de someterse a jurisdicción arbitral extranjera	321
2.3. REQUISITOS FACULTATIVOS PROPIOS DEL ACUERDO ARBITRAL	323
2.4. OBLIGACIONES QUE EMANAN DEL ACUERDO ARBITRAL.....	325
2.4.1. Obligación de no hacer	326
2.4.2. Obligación de hacer	327
2.4.3. Obligación de dar.....	328
3. CONSIDERACIONES FINALES	329

EL CONVENIO ARBITRAL, LA LEY DE FONDO Y LA APLICACIÓN EN PARTICULAR DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT

JUAN EDUARDO FIGUEROA VALDÉS

1. GENERALIDADES	331
2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO APLICABLE AL FONDO	333
3. LIMITACIONES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES	334
4. LAS ALTERNATIVAS EN LA ELECCIÓN DEL DERECHO DE FONDO APLICABLE	335

5. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT COMO LEY DE FONDO APLICABLE POR LOS ÁRBITROS	337
5.1. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT COMO “ <i>LEX CONTRATUS</i> ” AL ESTAR EXPRESAMENTE PACTADOS	338
5.2. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT AL PACTARSE LOS PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO, PRINCIPIOS TRANSNACIONALES, LA “ <i>LEX MERCATORIA</i> ” O USOS	339
5.3. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT FRENTE A LA OMISIÓN DE LAS PARTES DE SEÑALAR LA LEY APLICABLE AL CONTRATO	341
5.4. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT PARA COMPLEMENTAR E INTERPRETAR LA <i>LEX CONTRATUS</i>	342
5.5. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT FRENTE A OTRO TIPO DE CASOS Y A LOS ARBITRAJES DE EQUIDAD	344
6. CONCLUSIONES	345

DERECHO NACIONAL EN LA INTERPRETACIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE INTERNACIONAL: APORTES DESDE LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL DEL CAM SANTIAGO

ELINA MEREMINSKAYA

1. LA COMPATIBILIDAD NORMATIVA DÉBIL EN LA REGULACIÓN DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL	348
2. LA NORMATIVA APLICABLE A UN ACUERDO DE ARBITRAJE	351
3. INTERPRETACIÓN DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL CHILENA	354
3.1. INTERPRETACIÓN DEL ALCANCE SUSTANTIVO DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES	355
3.2. LA EXTENSIÓN DE LAS CLÁUSULAS COMPROMISORIAS A LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL	357
3.3. INTERPRETACIÓN DE UNA CLÁUSULA COMPROMISORIA CON TÉRMINOS CONTRADICTORIOS	358
3.4. CLÁUSULA QUE OTORGA COMPETENCIA A DISTINTAS INSTITUCIONES ARBITRALES	359
4. EL PRINCIPIO DE LA INTERPRETACIÓN ÚTIL DE LAS CLÁUSULAS ARBITRALES COMO UNA HERRAMIENTA DE COMPATIBILIDAD NORMATIVA DÉBIL	360

LA EXTENSIÓN DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE A TERCEROS: REALIDADES ECONÓMICAS Y FICCIONES JURÍDICAS

FRANCISCO ORREGO VICUÑA

1. EN BÚSQUEDA DE LA REALIDAD ECONÓMICA SUBYACENTE AL ACUERDO DE ARBITRAJE.....	363
2. DE FILIAL FICTICIA A SOCIEDAD MATRIZ REAL: EXTENSIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE	364
2.1. IDENTIFICANDO LAS EXCEPCIONES A LA PERSONALIDAD SOCIETARIA	365
2.2. CONTROL INTEGRAL DE LA SOCIEDAD MATRIZ	366
2.3. COMPATIBILIDAD CON EL ORDEN PÚBLICO	367
3. DE SOCIEDAD MATRIZ A FILIAL OPERATIVA: NO EXTENSIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE	369
3.1. INEXISTENCIA DE UN ACUERDO DE ARBITRAJE RESPECTO DE LA FILIAL	370
3.2. AUSENCIA DE INTENCIÓN VINCULANTE	371
3.3. INAPLICABILIDAD DE LAS TEORÍAS JURÍDICAS COMUNES	371
3.4. SOLUCIÓN DEL DERECHO SUIZO.....	372
3.5. VINCULACIÓN OPERATIVA E INTERÉS ECONÓMICO SUSTANTIVO	373
4. EXTENSIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE A INVERSIONES INDIRECTAS	375
4.1. REALIDAD DE LOS VEHÍCULOS DE INVERSIÓN Y ACUERDO DE ARBITRAJE	375
4.2. INTERPRETACIÓN DE LOS TRATADOS A LA LUZ DE LA PRÁCTICA ESTATAL.....	378
4.3. EL PUNTO DE QUIEBRE DE LA CADENA SOCIETARIA Y LA EXTENSIÓN DEL ACUERDO DE ARBITRAJE	382
5. UNA REALIDAD ECONÓMICA PREVALECIENTE	383

LA CONVENCION DE ARBITRAJE EN CHILE

ALEJANDRO ROMERO SEGUEL

1. PANORAMA LEGISLATIVO	385
2. LA REGULACIÓN EN LA LACI.....	386
3. LA FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE DOMÉSTICO.....	386
3.1. EL CONTRATO DE COMPROMISO	387
3.2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.....	389

4. EFECTOS PROCESALES DEL CONVENIO O ACUERDO DE ARBITRAJE.....	390
5. LA TRANSFERENCIA Y TRANSMISIÓN DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE.....	391
6. EL EFECTO RELATIVO DEL CONVENIO RESPECTO DE TERCEROS.....	392
7. LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE INSTITUCIONAL.....	393
8. LA IMPUGNACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PATOLÓGICAS Y NULAS...	394
9. NULIDAD DEL CONVENIO DE ARBITRAJE Y SU EXTENSIÓN.....	396

COLOMBIA

LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: REFLEXIONES Y PROBLEMÁTICAS DE LA EXPERIENCIA COLOMBIANA

HÉCTOR HERNÁNDEZ BOTERO

1. INTRODUCCIÓN.....	401
2. LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN CUANTO A SU LEY APLICABLE: UN PROBLEMA INTERPRETATIVO	403
2.1. NORMAS APLICABLES A LA CLÁUSULA ARBITRAL CUANDO SON ESCOGIDAS POR LAS PARTES	405
2.2. LEY APLICABLE AL CONTRATO PRINCIPAL COMO NORMA APLICABLE A LA CLÁUSULA ARBITRAL.....	405
2.3. LEY DEL FORO COMO LEY APLICABLE A LA CLÁUSULA ARBITRAL.....	406
2.4. EL CASO COLOMBIANO	407
3. LA AUTONOMÍA DE LA CLÁUSULA ARBITRAL FRENTE AL CONTRATO INEXISTENTE.....	409
3.1. FALTA DE ACUERDO DE VOLUNTADES A LA LUZ DEL CASO COLOMBIANO.....	409
4. EL PRINCIPIO DE LA CLÁUSULA ARBITRAL Y EL PRINCIPIO DE <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i>	413
4.1. EL PRINCIPIO DE <i>KOMPETENZ-KOMPETENZ</i> EN COLOMBIA.....	414
5. COMENTARIO FINAL	415

EL ALCANCE DEL PACTO ARBITRAL EN COLOMBIA

DANIEL POSSE VELÁSQUEZ - CAROLINA POSADA ISAACS

1. INTRODUCCIÓN.....	417
2. LA NATURALEZA DEL ARBITRAJE EN COLOMBIA.....	418
3. EL PACTO ARBITRAL	419
3.1. EL PRINCIPIO DE JURISDICCIONALIDAD	420
3.2. PRINCIPIO DE NATURALEZA PROCESAL	420
3.3. EL PRINCIPIO DE HABILITACIÓN	421
3.4. EL PRINCIPIO DE TEMPORALIDAD.....	422
4. EL PACTO ARBITRAL FRENTE A LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN	423
5. RENUNCIA TÁCITA DEL PACTO ARBITRAL. LA EXCEPCIÓN DE CLÁUSULA COMPROMISORIA O COMPROMISO	427

ALGUNAS REFLEXIONES PRÁCTICAS PARA ACUDIR A LA JUSTICIA ARBITRAL

IRMA ISABEL RIVERA RAMÍREZ

1. INTRODUCCIÓN	429
2. ALGUNOS ASPECTOS PARA TENER EN CUENTA AL MOMENTO DE NEGOCIAR UNA CLÁUSULA COMPROMISORIA.....	430
2.1. ¿QUÉ QUIERE EL CLIENTE?	430
2.2.1 ¿Es el arbitraje la mejor opción respecto de un contrato en particular?	430
2.2.2. Obligaciones dinerarias	430
2.2.3. Ejecución forzada del laudo arbitral.....	431
2.2.4. Naturaleza jurídica de quienes pactan arbitraje	432
2.2.5. Importancia de la vinculación de terceros	432
3. RECOMENDACIONES ADICIONALES	433
3.1. CONSULTA INTERNA CON ABOGADOS SIMILARES	433
3.2. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA DEBE SER GENERAL CON EXCEPCIONES PUNTUALES	433

3.3. ACUMULACIÓN DE MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS	434
4. CONCLUSIONES.....	435

DEBATES EN TORNO AL CONSENTIMIENTO AL ACUERDO ARBITRAL POR EL ESTADO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

LORENZO VILLEGAS CARRASQUILLA

1. INTRODUCCIÓN.....	437
2. EL REQUISITO DEL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO.....	438
2.1. REQUISITO DE CONSENTIMIENTO POR ESCRITO EN CONVENCIONES INTERNACIONALES Y DERECHO INTERNACIONAL	438
2.2. ALCANCE DEL REQUISITO DEL CONSENTIMIENTO POR ESCRITO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMERCIAL.....	439
3. LA MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO AL ACUERDO ARBITRAL EN ARBITRAJE DE INVERSIONES	441
3.1. CONSENTIMIENTO BASADO EN UNA CLÁUSULA CONTENIDA EN UN CONTRATO, ACOMPAÑADA DE OTROS ACUERDOS. CASO SOABY C. SENEGAL	442
3.2. EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO BASADO EN UN TRATADO BILATERAL DE INVERSIONES. CASO AMT C. ZAIRE	443
3.3. EL CONSENTIMIENTO DEL ESTADO BASADO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL DE INVERSIONES. CASO SPP C. EGIPTO	444
4. INTERPRETACIÓN DE LA MANIFESTACIÓN DEL CONSENTIMIENTO EN LA PRÁCTICA DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES CIADI.....	445
5. LA IMPOSIBILIDAD DE LA REVOCACIÓN UNILATERAL DEL CONSENTIMIENTO AL ARBITRAJE CIADI.....	447

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL PACTO DE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN EL DERECHO COLOMBIANO

EDUARDO ZULETA JARAMILLO

1. RÉGIMEN LEGAL DEL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL EN COLOMBIA.....	450

1.1. EL ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL: CONCEPTO GENERAL Y CARACTERÍSTICAS	450
1.2. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA: LA LEY 315	452
1.2.1. El “pacto de internacionalidad”	452
1.2.2. Los casos en que es posible pactar arbitraje internacional	454
1.2.2.1. El numeral 1 del artículo 1 de la Ley 315	454
1.2.2.2. Numeral 2 del artículo 1 de la Ley 315.	455
1.2.2.3. El numeral 3 del artículo 1 de la Ley 315 y la sentencia C-347/97	456
1.2.2.4. Numeral 4° del artículo 1° de la Ley 315	458
1.2.2.5. Numeral 5 del artículo 1 de la Ley 315	458
1.2.3. Efectos de la posibilidad de pactar arbitraje internacional	460
2. EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN COLOMBIA Y LAS CONVENCIONES INTERNACIONALES	461
2.1. LA CONVENCION DE NUEVA YORK	461
2.2. LA CONVENCION DE PANAMA.....	464
3. LA LEY 315 Y LA LEY QUE RIGE EL PACTO ARBITRAL.....	465
3.1. LA NECESIDAD DE DETERMINAR LA LEY APLICABLE	465
3.2. ALGUNOS CRITERIOS PARA ESTABLECER EL DERECHO APLICABLE AL PACTO ARBITRAL	466
3.3. LOS PACTOS DE ARBITRAJE A LOS QUE APLICARÍA LA LEY 315	470
4. CONCLUSIONES	472

ECUADOR

RENUNCIA AL ARBITRAJE PREVISTO EN UN TRATADO: EL CASO ECUATORIANO

XAVIER ANDRADE CADENA

1. INTRODUCCION.....	477
2. LA RENUNCIA EN TEORÍA. CONVERGENCIA DE INTERESES PERSONALES, ESTATALES E INTERNACIONALES.....	480
2.1. LA PERSONA COMO SUJETO DE DERECHO INTERNACIONAL	480
2.1.1. Teoría de los derechos directos	480
2.1.2. Teoría de los derechos derivados	481
2.1.3. Las teorías aplicadas al objeto de esta investigación	482
2.2. LOS LÍMITES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL DERECHO Y ORDEN PÚBLICO INTERNACIONALES.....	485

2.2.1. Propuesta de test.....	486
3. LA RENUNCIA EN LA PRÁCTICA. UNA POSICIÓN EN EVOLUCIÓN	489
3.1. JURISDICCIÓN ALTERNATIVA O EXCLUSIVA.....	489
3.2. PREEMINENCIA DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	492
4. CONCLUSIONES.....	493

BREVES REFLEXIONES SOBRE EL “ARBITRAJE FAST TRACK”

RODRIGO JIJÓN LETORT - JUAN MANUEL MARCHÁN

1. INTRODUCCIÓN.....	495
2. JURISDICCIÓN CONVENCIONAL Y MODIFICACIÓN DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA	496
3. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	496
4. LA CLÁUSULA ARBITRAL	497
5. COMPROMISOS ESPECIALES: EL <i>FAST TRACK ARBITRATION</i>	497
5.1. CONCEPTO DE <i>FAST TRACK ARBITRATION</i>	497
5.2. QUÉ ES EL <i>FAST TRACK ARBITRATION</i>	498
5.3. CÓMO LLEGAR AL <i>FAST TRACK ARBITRATION</i>	498
5.4. POR QUÉ UTILIZAR <i>FAST TRACK ARBITRATION</i>	499
5.5. CUÁNDO UTILIZAR <i>FAST TRACK ARBITRATION</i>	499
6. EXPERIENCIA Y PROFESIONALISMO SON NECESARIOS EN <i>FAST TRACK ARBITRATION</i>	500
7. CONSIDERACIONES PRÁCTICAS PARA EL CORRECTO USO DEL <i>FAST TRACK ARBITRATION</i>	501
8. ALGUNOS PROBLEMAS DEL <i>FAST TRACK ARBITRATION</i>	502
8.1. ORDEN PÚBLICO Y DEBIDO PROCESO	502
8.2. OBLIGACIONES DE LOS TRIBUNALES ARBITRALES	503
8.2.1. Obligación de aplicar la diligencia debida	503
8.2.2. Obligaciones impuestas por las partes	503
8.3. TIEMPO SUFICIENTE PARA LA DEFENSA.....	504
9. CONCLUSIONES.....	504

EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

DIEGO PÉREZ ORDÓÑEZ

1.	CONSIDERACIONES PRELIMINARES	507
1.1.	EL PRINCIPIO GENERAL DE VALIDEZ DEL SISTEMA	508
1.2.	SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL	510
1.3.	LA ESCRITURALIDAD.....	513
1.4.	LAS CUESTIONES CONTRACTUALES O NO CONTRACTUALES	513
1.5.	INDEMNIZACIONES POR CUASIDELITOS.....	514
1.6.	INDEPENDENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL	516
1.7.	PRESUNCIONES DE CONVENIO ARBITRAL	517
1.8.	RENUNCIA AL CONVENIO ARBITRAL	517
2.	EL ESTADO Y LA CLÁUSULA ARBITRAL	518

NOTAS SOBRE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA Y SUS EFECTOS EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

ALEJANDRO PONCE MARTÍNEZ

1.	FORMAS DE ACCEDER A LA JURISDICCIÓN CONVENCIONAL	521
2.	CONTENIDO Y EFECTOS DEL COMPROMISO.....	526
3.	EFECTOS SOBRE LA COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS	528
4.	LA NULIDAD DEL LAUDO POR VIOLACIÓN DEL COMPROMISO	535

LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL CONVENIO ARBITRAL. ALCANCES Y LIMITACIONES. EL CASO ECUATORIANO

ARMANDO SERRANO PUIG

1.	AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.....	541
2.	FUNDAMENTOS DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. RECONOCIMIENTO LEGAL Y CONSTITUCIONAL.....	544
2.1.	EL CÓDIGO CIVIL.....	544
2.2.	LA CONSTITUCIÓN.....	546

2.3. LA LEY DE ARBITRAJE	549
2.4. OTRAS LEYES	550
3. EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	552
3.1. CAPACIDAD	553
3.2. FORMA	558
3.3. QUIEN PUEDE EMITIR EL CONSENTIMIENTO.....	561
4. ALCANCES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	563
4.1. ALCANCE OBJETIVO	563
4.2. ALCANCE SUBJETIVO.....	564
4.2.1. En relación con las partes.....	565
4.2.2. En relación con terceros	566
4.2.2.1. Funcionarios del centro de arbitraje	566
4.2.2.2. Mediadores.....	568
4.2.2.3. Tribunal arbitral y sus miembros.....	569
4.2.2.4. Extraños a las partes y al proceso	570
5. LIMITACIONES DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	573
5.1. OBJETIVAS	573
5.2. SUBJETIVAS.....	576
5.3. FORMALES	579
5.4. CONCLUSIÓN	579

ESPAÑA

MODERNA PATOLOGÍA DE LA CLÁUSULA DE ARBITRAJE

JOSÉ MARÍA ALCANTARA GONZÁLEZ

1. BREVE INTRODUCCIÓN	583
2. CAMBIOS EN EL CONVENIO ARBITRAL	583
2.1. ACUERDO POR ESCRITO	583
2.2. ELEMENTOS MÍNIMOS PARA EL CONVENIO ARBITRAL	586
2.3. INDEPENDENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL	587
2.4. AUSENCIA DE “CONVENIO ARBITRAL”	588
2.5. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL FRENTE A TERCEROS. (“RES INTER ALIOS ACTA”)	588
3. CONSIDERACIONES FINALES	593

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE EL CONVENIO Y EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL EN DERECHO ESPAÑOL

JOSÉ MARÍA ALONSO PUIG

1. INTRODUCCIÓN.....	595
2. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL	595
3. LOS EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LOS PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN CURSO.....	600
3.1. EFECTOS GENERALES	600
3.2. EFECTOS SOBRE EL REPARTO DE COMPETENCIA	601
4. EFECTOS DE LAUDO ARBITRAL.....	603
5. LA IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS Y PROCEDIMIENTOS ARBITRALES EN CASO DE FRAUDE.....	603
6. ASPECTOS TRANSNACIONALES DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO	604
7. CONCLUSIONES	608

EL ACUERDO ARBITRAL EN ARBITRAJES MULTIPARTE

DAVID ARIAS LOZANO - FERNANDO BEDOYA

1. INTRODUCCIÓN: RELEVANCIA DE LOS ARBITRAJES MULTIPARTE	609
2. CUESTIONES GENERALES.....	610
3. EL NOMBRAMIENTO DE LOS ÁRBITROS Y LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	612
4. INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCEDIMIENTO.....	615
5. ACUMULACIÓN DE PROCEDIMIENTOS	618
6. ASPECTOS PRÁCTICOS	621
7. CONSIDERACIONES FINALES	623

LA APLICACIÓN DEL ARBITRAJE A LOS ENTES PÚBLICOS. EL CASO DE ESPAÑA

JUAN CARLOS CALVO CORBELLA

1. INTRODUCCIÓN.....625
2. EL RÉGIMEN LEGAL DEL ARBITRAJE COMO INSTRUMENTO
PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LAS ENTIDADES
PÚBLICAS TRAS LA PROMULGACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN
DE 1978 627
3. INCIDENCIA DE LA LEY DE ARBITRAJE DE 23 DE DICIEMBRE
DE 2003 EN LA CUESTIÓN DEL ARBITRAJE APLICABLE A LOS
ENTES PÚBLICOS 630
4. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ARBITRAJE DE LOS ENTES
PÚBLICOS QUE NO OSTENTEN LA CONDICIÓN DE
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS DEFINIDO EN LA LEY DE
CONTRATOS DE SECTOR PÚBLICO DE 30 DE OCTUBRE DE 2007 630
5. LA EXTENSIÓN DEL ARBITRAJE EN LAS LEYES ESPECIALES.
EL CASO DEL ARBITRAJE EN MATERIA DE DERECHO DE LA
COMPETENCIA.....634
6. EL SOMETIMIENTO DEL ESTADO A ARBITRAJE EN
DISPUTAS PROMOVIDAS POR INVERSORES EXTRANJEROS 635

ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LA EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL

FAUSTINO CORDÓN MORENO

1. LA RELEVANCIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES EN EL
ARBITRAJE.....638
2. LA AUTONOMÍA DEL CONVENIO ARBITRAL.....641
3. LA NATURALEZA ACCESORIA DEL CONVENIO ARBITRAL 643
4. EL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DEL CONVENIO ARBITRAL
Y SUS EXCEPCIONES 645
 - 4.1. INTRODUCCIÓN 645

4.2. LOS SUPUESTOS DE PLURALIDAD DE DEMANDADOS CON SOMETIMIENTO A DIVERSIDAD DE FUEROS (ARBITRAL Y JUDICIAL) Y LA FALTA DE FUERZA ATRACTIVA DEL CONVENIO ARBITRAL	646
4.3. LA POSIBILIDAD DE ENTENDER QUE EL TERCERO QUEDA VINCULADO POR EL CONVENIO POR SU ACEPTACIÓN TÁCITA.....	649
4.4. LOS SUPUESTOS DE EXTENSIÓN LEGAL DE LA EFICACIA DEL CONVENIO.....	652
4.5. LA MATIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE RELATIVIDAD DE LOS CONTRATOS.....	653
4.6. LOS SUPUESTOS DE EXTENSIÓN DE LA EFICACIA DEL CONVENIO POR LA JURISPRUDENCIA	656

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

BERNARDO M. CREMADES

1. INTRODUCCIÓN.....	659
2. EL CONVENIO ARBITRAL: PIEDRA ANGULAR DEL ARBITRAJE	661
3. EL CONVENIO ARBITRAL, VERDADERO CONTRATO.....	662
4. EL CONTENIDO FACULTATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL	665
5. EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL	668
5.1. EFECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL CONVENIO ARBITRAL	668
5.2. PATOLOGÍA DEL CONVENIO ARBITRAL	672
5.3. MEDIDAS CAUTELARES.....	674
6. CONCLUSIÓN.....	675

LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL

CARLOS DE LOS SANTOS - MARGARITA SOTO - VÍCTOR BONNÍN

1. INTRODUCCIÓN.....	677
2. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y LA LEY APLICABLE AL CONVENIO ARBITRAL	678
3. DETERMINACIÓN DE LA LEY APLICABLE AL CONVENIO CUANDO HAY UNA ELECCIÓN DE DERECHO APLICABLE AL CONTRATO	679

4. DERECHO APLICABLE EN CASO DE AUSENCIA DE ELECCIÓN EN EL CONTRATO	681
5. LA LEY APLICABLE A LA ARBITRABILIDAD DE LA MATERIA Y A LA FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL	685
5.1. ARBITRABILIDAD	685
5.2. LEY APLICABLE A LA FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL	686
6. EL DERECHO APLICABLE A LA CAPACIDAD DE LAS PARTES PARA CELEBRAR EL ACUERDO ARBITRAL	687
7. CONCLUSIÓN	688

LA EXTENSIÓN A TERCEROS NO FIRMANTES DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL. LA APROXIMACIÓN EN ESPAÑA

ELISABETH DE NADAL - VÍCTOR MANUEL SÁNCHEZ

1. INTRODUCCIÓN	689
2. PRESENTACIÓN DE LA PROBLEMÁTICA	691
2.1. EL PUNTO DE PARTIDA EN ESPAÑA	691
2.2. CONSECUENCIAS DE UNA APROXIMACIÓN ESTRICTA	692
3. SUPUESTOS DE EXTENSIÓN DE LOS EFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL A TERCEROS NO FIRMANTES	693
3.1. SUBROGACIÓN DE UN TERCERO EN LA POSICIÓN DEL FIRMANTE DEL CONVENIO	693
3.2. PLURALIDAD DE CONTRATOS Y DE PARTES	696
3.3. GRUPO DE EMPRESAS	699
3.4. CONVENIO ARBITRAL INCLUIDO EN LOS ESTATUTOS SOCIALES	701
3.5. MANDATO Y REPRESENTACIÓN	703
4. ALGUNAS CONCLUSIONES	704

RESOLVIENDO CUESTIONES COMPLEJAS CON NORMAS ALAMBICADAS: LA REGULACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN ESPAÑA

CARLOS ESPLUGUES MOTA

1. DE UNA PRESENCIA QUE HISTÓRICAMENTE HA SIDO PURAMENTE VIRTUAL: LA INSTITUCIÓN DEL ARBITRAJE EN LA REALIDAD JURÍDICA ESPAÑOLA	705

2.	PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LOS QUE SE ARTICULA LA LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE DE 2003: REGULACIÓN CONJUNTA DEL ARBITRAJE INTERNO Y DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL	707
3.	EL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE DE 2003: PLANTEAMIENTOS DE BASE.....	708
4.	EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9.6 DE LA LEY DE ARBITRAJE.....	710
4.1.	INTRODUCCIÓN	710
4.2.	MATERIAS EXCLUIDAS DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9.6 DE LA LEY ESPAÑOLA DE ARBITRAJE	712
4.2.1.	Primera cuestión: la capacidad para concluir el convenio arbitral	712
4.2.2.	Segunda cuestión: la forma del convenio arbitral.....	712
4.3.	CUESTIONES INCLUIDAS DENTRO DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 9.6 LA.....	714
5.	LAS CONCRETAS SOLUCIONES RECOGIDAS EN EL ARTÍCULO 9.6 DE LA LEY DE ARBITRAJE	715
6.	LA RELACIÓN EXISTENTE ENTRE EL ARTÍCULO 9.6 DE LA LEY DE ARBITRAJE Y LOS CINCO PRIMEROS APARTADOS DEL MENCIONADO ARTÍCULO 9 DE LA LEY DE ARBITRAJE	716
6.1.	PREMISAS DE PARTIDA	716
6.2.	LAS SOLUCIONES COMPARADAS	717
6.3.	LA SOLUCIÓN TRADICIONALMENTE MANTENIDA EN ESPAÑA.....	719
7.	A MODO DE CONCLUSIÓN	722

LAS OFERTAS DE CONSENTIMIENTO ESTATAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

ENRIQUE FERNÁNDEZ MASÍÁ

1.	INTRODUCCIÓN	725
2.	CONSENTIMIENTO ESTATAL EN LAS LEGISLACIONES NACIONALES SOBRE INVERSIONES EXTRANJERAS.....	727
3.	CONSENTIMIENTO ESTATAL EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.....	734
4.	VALORACIÓN FINAL	742

VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL

JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ ROZAS - ELENA ARTUCH IRIBERRI

1.	CONTENIDO Y PROBLEMAS DEL CONVENIO ARBITRAL	746
1.1.	CARACTERÍSTICAS DEL ACUERDO DE ARBITRAJE	746
1.1.1.	Objeto	746
1.1.2.	Cláusula compromisoria y compromiso arbitral: persistencia de una distinción perturbadora.....	749
1.2.	SEPARABILIDAD DE LA CLÁUSULA COMPROMISORIA RESPECTO DEL CONTRATO PRINCIPAL	751
1.2.1.	Principio de separabilidad.....	751
1.2.2.	Repercusiones en el plano de la ley aplicable	757
1.3.	ALCANCE DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD	758
1.3.1.	Determinación de la voluntad inequívoca.....	758
1.3.2.	Existencia de cláusulas imprecisas o contradictorias	760
1.4.	COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS SOBRE SU PROPIA COMPETENCIA	760
1.4.1.	Justificación de la potestad.....	760
1.4.2.	Momento procesal para efectuar el pronunciamiento y posibilidad de impugnación.....	762
2.	PROBLEMAS PARTICULARES DE LA CLÁUSULA ARBITRAL	764
2.1.	CLÁUSULAS PATOLÓGICAS.....	764
2.1.1.	Supuestos generadores de la patología	764
2.1.2.	Acción integradora por parte del juez	767
3.	EFFECTO NEGATIVO DEL CONVENIO ARBITRAL	769
3.1.	ALCANCE GENERAL DEL CONVENIO ARBITRAL.....	769
3.1.1.	Cláusula compromisoria y cláusula atributiva de competencia...769	
3.1.2.	Eficacia del convenio arbitral en relación con los tribunales estatales: situaciones en presencia	771
3.1.3.	El caso CCT / FCC	775
4.	EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL EN ESPAÑA: EL FUNCIONAMIENTO DEL ARTÍCULO II CNY Y LA LEY DE ARBITRAJE.....	777
4.1.	ELENCO DE MATERIAS A TRATAR.....	777
4.2.	ARBITRABILIDAD DE LA DIFERENCIA	778
4.3.	VOLUNTAD DE LAS PARTES EN SOMETERSE A ARBITRAJE.....	780
4.4.	ÁMBITO DEL CONVENIO ARBITRAL	782
4.4.1.	Contenido.....	782
4.4.2.	Forma.....	783
4.5.	EFFECTOS DEL CONVENIO ARBITRAL INTERNACIONAL	783
4.5.1.	Positivos: obligación de someterse al arbitraje pactado.....	783
4.5.2.	Negativos: la excepción de incompetencia judicial.....	784

EL CONVENIO ARBITRAL: SU CONTROL JUDICIAL EN EL PROCESO ESPAÑOL DE ARBITRAJE

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ-MONTES

1. INTRODUCCIÓN.....	787
2. PRESUPUESTOS FORMALES DEL CONVENIO ARBITRAL	789
2.1. DE LAS PARTES.....	790
2.2. DEL OBJETO DEL CONVENIO.....	793
2.3. DE LA FORMA	795
3. COMPETENCIA DE LOS ÁRBITROS, RENUNCIA TÁCITA A LAS FACULTADES DE IMPUGNACIÓN Y CONVENIO ARBITRAL	797
4. EL CONTROL JUDICIAL DEL CONVENIO ARBITRAL: CONCRECIÓN DE SITUACIONES Y PROPUESTAS DE SOLUCIÓN	799
4.1. VALORACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL A EFECTOS DE LA DECLINATORIA	801
4.2. VALORACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL NOMBRAMIENTO JUDICIAL DE ÁRBITROS	802
4.3. VALORACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN LA EJECUCIÓN DEL LAUDO	803
4.4. VALORACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN ANULACIÓN DEL LAUDO	808
4.5. VALORACIÓN DEL CONVENIO ARBITRAL EN EL EXEQUÁTUR DEL LAUDO.....	811

EL REQUISITO DE LA FORMA ESCRITA DEL ACUERDO ARBITRAL

JULIO GONZÁLEZ-SORIA

1. INTRODUCCIÓN.....	815
2. EL ACUERDO ARBITRAL EN LA CONVENCION DE NUEVA YORK ..	816
2.1. EL REQUISITO DEL ACUERDO POR ESCRITO	817
2.2. EL ACUERDO ARBITRAL EN LAS CONDICIONES GENERALES DE LOS CONTRATOS ..	818
2.3. EL ACUERDO ARBITRAL EN LAS CONFIRMACIONES DE VENTAS O COMPRAS.....	819
3. EL ACUERDO ARBITRAL EN LA LEY MODELO DE LA UNCITRAL/CNUDMI SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL (LM)	822
3.1. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN LA LM EN 2006.....	823
4. LA FORMA Y CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL EN LA LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA DE 2003.....	825

LA VALIDEZ DE LA CLÁUSULA ARBITRAL EN LA LEY ESPAÑOLA Y EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

MONTSERRAT GUZMÁN PECES

1. NOCIONES PREVIAS.....	829
2. LA FORMA DEL CONVENIO ARBITRAL.....	830
3. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 9 DE LA LEY DE ARBITRAJE ESPAÑOLA	832
4. ESPECIAL REFERENCIA AL ACUERDO ARBITRAL EN EL CONTRATO DE PARTE DÉBIL.....	837
5. EL ARTÍCULO 7 DE LA LEY MODELO UNCITRAL.....	839
6. LA CLÁUSULA ARBITRAL EN EL CONVENIO DE NUEVA YORK DE 1958.....	842
7. LA INEFICACIA O INEXISTENCIA DEL ACUERDO ARBITRAL COMO MOTIVO DE DENEGACIÓN DEL EXEQUÁTUR EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA MÁS RECIENTE	844
8. CONCLUSIONES.....	845

LOS EFECTOS DEL CONCURSO INTERNACIONAL SOBRE EL CONVENIO ARBITRAL: UNA APROXIMACIÓN EUROPEA

JOSÉ LUIS IRIARTE ÁNGEL - MARTA CASADO ABARQUERO

1. LA TENSIÓN ENTRE CONCURSO Y ARBITRAJE: ¿VIS <i>ATTRACTIVA CONCURSUS</i> ?	847
2. EL MODELO ESPAÑOL DE INSOLVENCIA INTERNACIONAL.....	849
2.1. REGLAMENTO COMUNITARIO DE INSOLVENCIA.....	851
2.2. LEY 22/2003, DE 9 DE JULIO, CONCURSAL	852
3. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONVENIO ARBITRAL.....	853
4. CONVENIOS ARBITRALES ANTERIORES A LA DECLARACIÓN DE APERTURA DEL CONCURSO.....	854

4.1. TESIS CONTRACTUALISTA.....	855
a) El Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros	856
b) La Convención Europea sobre arbitraje comercial internacional de 21 de abril de 1961 (Convención de Ginebra).....	858
4.2. Tesis procesalista.....	858
5. CONVENIOS ARBITRALES POSTERIORES A LA DECLARACIÓN DE APERTURA DEL CONCURSO.....	860

EL ACUERDO ARBITRAL. APUNTES TEÓRICOS Y PRÁCTICOS

JAVIER ÍSCAR DE HOYOS

1. APUNTES TEÓRICOS. CONCEPTO Y PROYECCIÓN	863
1.1. ALCANCE DEL CONVENIO ARBITRAL	863
1.2. PROYECCIÓN INTERNACIONAL. EJEMPLO A SEGUIR EN EL ARBITRAJE INTERNO.....	864
2. LA VALIDEZ Y EFICACIA DEL CONVENIO ARBITRAL	865
2.1. EL CONSENTIMIENTO. LA CLÁUSULA COMPROMISORIA.....	866
2.2. CONCEPTO DE ACUERDO DE ARBITRAJE.....	871
2.3. UNA PEQUEÑA VISIÓN COMPARADA.....	872
2.4. DERECHO ESPAÑOL	875
3. APUNTES PRÁCTICOS. EL CONTENIDO DEL CONVENIO ARBITRAL.....	876
3.1. PRIMER ACERCAMIENTO A LOS REQUISITOS DEL CONVENIO	876
3.2. OBJETO DE LA CONTROVERSIA	879
3.3. NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS.....	880
3.4. SEDE Y LUGAR DEL ARBITRAJE.....	881
3.4.1. ASPECTOS IMPRESCINDIBLES A LA HORA DE ELEGIR LA SEDE	882
3.4.2. ASPECTOS ESTRATÉGICOS.....	883
3.5. IDIOMA	884
3.6. PROCEDIMIENTO	885
3.7. CLÁUSULA ARBITRAL PATOLÓGICA. CONCEPTO Y ALCANCE	885

NOTAS

NOTAS

Este libro se terminó de imprimir
el 11 de abril de 2011
en los talleres gráficos del
GRUPO EDITORIAL IBAÑEZ
Carrera 69 Bis No. 36-20 sur
Teléfonos: 2300731 - 2386035
Bogotá, D.C. - Colombia