Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)

Volumen 18 Biblioteca de Arbitraje del
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Arbitraje

Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)

Jorge Luis Collantes González
Director

Domitille Baizeau
Anne-Carole Cremades
Bárbara de la Vega Justribó
Jaime Gallego
Jorge Mas Taladriz
Nicolás Zambrana Tévar
(Coordinadores)

PALESTRA
ESTUDIO MARIO CASTILLO FREYRE

Diccionario terminológico del arbitraje nacional e internacional (Comercial y de Inversiones)

Primera edición, noviembre 2011
Tiraje: 1000 ejemplares

© Mario Castillo Freyre, editor, 2011
Av. Arequipa 2327, Lince
Telfs. (511) 422-6152 / 441-4166
estudio@castillofreyre.com - www.castillofreyre.com

© Palestra Editores S.A.C., 2011
Calle Carlos A. Salaverry 187 - Lima 18 - Perú
Telefax: (511) 7197-626 / 7197-627
palestra@palestraeditores.com - www.palestraeditores.com

Diseño de Cubierta: Iván Larco
Diagramación de interiores: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Imprenta: F.M. Servicios Gráficos S.A.
Henry Revett n.º 220 Lima - Lima - Santiago de Surco

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente, sin permiso expreso de los autores.

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2012-00432

ISBN: 978-612-4047-71-8

Impreso en el Perú - Printed in Peru

A nuestros maestros y maestras de infancia. Su trabajo nos enseñó a leer, escribir y a utilizar diccionarios.

Índice

	Páginas
Prólogo	11
Agradecimientos previos	19
Palabras de los editores	29
A	37
B	310
C	315
D	511
E	568
F	606
G	620
H	622
I	626
J	677
K	696

L 696

M 744

N 776

O 788

P 817

Q 845

R 845

S 938

T 953

U 1016

V 1022

W 1022

Relación de participantes 1027

Tablas de traducción e interpretación de vocablos a cargo de: 1091
Domitille Baizeau y Jaime Gallego
(español-inglés e inglés-español)
Anne-Carole Cremades
(español-francés y francés-español)

Prólogo

La satisfacción de prologar este *Diccionario Terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones)* es doble: de una parte, la que me produce esta obra por mi afición a las letras, a la palabra en el Derecho, y mi preocupación por la terminología jurídica; de otra, por mi dedicación profesional al arbitraje, con una larga experiencia, no sólo como árbitro o abogado de parte sino en tareas de formulación de normas, tanto en el ámbito internacional como en el nacional.

Mi inclinación por la palabra en el Derecho la debo al magisterio de Joaquín Garrigues, autoridad reconocida en la literatura jurídica, que hizo de la palabra, más que una herramienta del oficio jurídico, un arte, el arte de encadenarlas «con belleza y erudición» que descubrió Miguel Delibes en el *Curso de Derecho Mercantil*, y con «sencillez y claridad», como él predicaba. La *claridad* —«la cortesía del jurista», decía— no es sólo la cualidad del lenguaje inteligible por los destinatarios a los que va dirigido, sino la exactitud entre la palabra y el concepto que expresa. Definía el Derecho como el «arte de trazar límites», para concluir que el «límite no existe cuando no es claro»; por eso, el «término» jurídico significa límite que define el alcance del concepto al que sirve de vehículo de expresión. *Terminus*, en latín, es lindero, confín, límite; *definir* es «fijar con claridad, exactitud y precisión la significación de una palabra», según el *Diccionario de la Lengua Española*, de la Real Academia Española (DRAE, 22.ª Ed., Madrid, 2001). El Diccionario es, por tanto, una recopilación ordenada de significados de palabras.

Las voces o «artículos», por orden alfabético, son las «entradas» a las acepciones o significados que les siguen, para cumplir esa función de «deslinde», de fijación clara, exacta y precisa del «término».

Esta característica, común a todo diccionario usual de una lengua (no a los de equivalencias de vocablos de un idioma a otro), reviste especiales connotaciones en los diccionarios científicos, técnicos o especializados en concretas ramas del conocimiento humano, que recogen el lenguaje propio del sector acotado. Si los vocablos de esa naturaleza han pasado al lenguaje usual, se suelen recoger en los diccionarios convencionales con una marca de origen (*Der.*, en el caso de la terminología jurídica del DRAE).

En mi discurso de ingreso en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, dedicado a *La terminología jurídica de la reforma concursal* (Madrid, 2005), definí la *terminología* como «la ciencia de los términos de una ciencia». Sin duda, me tomé una licencia lingüística en el juego de palabras, pero lo hice porque la figura se me antoja expresión fiel de la idea. Toda ciencia tiene su propia terminología, comenzando por la Filosofía. Recuérdese que Ortega y Gasset inició un *Diccionario Filosófico* con las palabras *abstracción, abstracto* y *apercepción* que calificó de *«términos filosóficos»*, al comienzo de cada texto (*V. Obras Completas*, VII, 1902-1925, Obra póstuma, Madrid, 2007, pp. 341 y ss.). Y así como hay terminología matemática, física, química, económica, política… la hay jurídica.

No es igual terminología que *jerga* o *argot*; coinciden en que son lenguajes de un sector limitado, con un ámbito propio, no general, pero se diferencian en que la terminología, por ser científica, tiende a la exactitud, a la precisión, mientras que *jerga* y *argot* son lenguajes informales de una profesión determinada o de una actividad concreta. ¡El lenguaje de *germanía* es la *jerga* de los delincuentes y de los carcelarios!

La terminología, por el contrario, tiene la dignidad científica. La jurídica es parte de la ciencia del Derecho, modesta, por instrumental, pero indispensable. El *término* es una herramienta, pero sin la que no hay ciencia, como sin martillos, llaves, tenazas o destornilladores no hay ingenios espaciales ni grandes construcciones mecánicas. Y sin terminología no hay Derecho, ni leyes, ni doctrina, ni jurisprudencia, ni forma alguna de expresión de conceptos jurídicos. Con toda razón esta obra califica en su título de «*Terminológico*» al sustantivo *Diccionario*. Es el elenco propio de un sector del ordenamiento jurídico, tratado con método científico.

El correcto uso de la terminología no puede tildarse de «tecnicismo» ni de arcana erudición que aleja al profano de la comprensión jurídica. La corriente vulgarizadora que intenta acercar al pueblo el lenguaje del Derecho ignora que la corrección terminológica es un eficaz instrumento de seguridad jurídica, que facilita la interpretación y el entendimiento del mensaje jurídico. Cierto que una cosa es utilizar *con propiedad* el lenguaje *propio* del Derecho, «en sus *propios* términos» y otra bien distinta la *jerigonza* jurídica, el lenguaje intencionadamente complicado, enrevesado, oscuro, buscado de propósito para dificultar su entendimiento. La terminología no está reñida con la claridad; al contrario, sirve para transmitir con transparencia y exactitud la idea que trata de expresar. Una buena técnica legislativa no puede prescindir de la buena terminología en la formulación de las normas, como no deben ignorarla las partes en la redacción de los contratos, ni los abogados en sus escritos, ni los jueces y los árbitros al dictar sus resoluciones.

De ahí, la importancia de los Diccionarios especializados, porque los generales no pueden contener los términos técnicos de cada ciencia, arte o profesión; se limitan, como el DRAE, a recoger aquéllos que han pasado al lenguaje usual, común y culto. El propio DRAE advierte que sólo las voces que han desbordado su ámbito de origen tienen cabida en su texto, señaladas con una marca que las individualiza (*Der.*, en los términos jurídicos) y que, por tratarse de un «diccionario general» no pue-

de registrar todo el léxico del español, limitándose, en cuanto a los «tecnicismos» a incorporar una representación de los usos más extendidos o característicos. Como se dice en la 22.ª Ed., citada, su actualización ha exigido una revisión temática en varios campos, desde las matemáticas a los deportes, comprendido, desde luego, el *Derecho*. Nos consta que ese esfuerzo continúa, pero no debemos esperar que las sucesivas ediciones del DRAE lo conviertan en un diccionario completo de los términos técnicos de los múltiples sectores del saber o de la actividad humana; sí es de desear que mejore el número de voces y la calidad de sus acepciones. Concretamente, en materia jurídica, la revisión ha de ser profunda. Baste consultar algunas de las voces propias de la presente obra que en él se recogen por tratarse de vocablos de uso corriente *(arbitrar, árbitro…)*.

En suma, la labor de los diccionarios técnicos es más propia de los expertos en el sector del conocimiento de que se trate, que de filólogos. Un buen diccionario jurídico ha de ser obra de buenos juristas, de especialistas en el tema tratado. Pero, además, la especialización ha de ser mayor en la medida en que estreche el campo de ese sector del conocimiento. Así, éste no es un diccionario jurídico general, sino de un sector concreto, como es el arbitraje, acotado como ámbito de origen de una terminología especializada. Es cierto, la institución arbitral tiene también un lenguaje propio, que puede acotarse en el ancho campo del Derecho como perteneciente a un sector especial, que el título de la obra, para responder fielmente a su contenido, precisa aún más: el *Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones*).

Por razón de la materia, aprecio aún más esta obra, porque durante más de cincuenta años de ejercicio de la abogacía he profesado una especial predilección y dedicación al arbitraje como justicia alternativa. Es largo mi ejercicio profesional y mucha la experiencia en esa materia, desde mi especialidad jurídico-mercantil. He sido abogado de parte, árbitro único, coárbitro y presidente de colegios arbitrales en más de un centenar de casos nacionales e internacionales; sigo ejerciendo activamente y soy miembro de diversas Cortes. He participado en la formulación de

reglas internacionales, como las del Reglamento y la Ley Modelo de la CNUDMI-UNCITRAL, y en trabajos prelegislativos en España, como en el Anteproyecto del Ministerio de Justicia de 1982 (con los Profesores Julio González Campos y Valentín Cortés Domínguez) y en la Sección Especial de la Comisión General de Codificación que, presidida por el Profesor Evelio Verdera, y junto al Profesor Ignacio Díez-Picazo Jiménez y al Abogado Fernando Mantilla Serrano redactó el Anteproyecto de la vigente Ley del 2003.

Por eso, valoro más esta gran obra, fruto de una acertada dirección, tan necesaria en trabajos colectivos que han de ejecutarse con unidad de criterio, y de unas colaboraciones de alto nivel doctrinal y práctico, autorizadas y útiles.

La calidad de la obra es excelente. El mosaico de términos se compone de piezas de diversa autoría, pero integradas en un conjunto unitario, ordenado y armónico. En general, el tratamiento de cada término excede del contenido estrictamente definitorio de un diccionario; hay casos en los que se eleva a la categoría de un trabajo monográfico sobre la materia objeto de exposición, hasta el punto de que, más que de un diccionario, se trata de una verdadera *enciclopedia* del arbitraje, que es género de mayor nivel científico.

Los autores son, en gran mayoría, de nacionalidad española, pero con una significativa representación de otras naciones, no sólo de nuestra comunidad histórica, que comparte la lengua que a todos pertenece, sino de fuera de ella, juristas expertos en arbitraje y conocedores del español como lengua del arbitraje.

Esa dimensión internacional, anunciada en el título de la obra, se refleja en su contenido. El estudio de cada voz no sólo aborda su tratamiento en el Derecho español, sino en el comparado. Las referencias legislativas y bibliográficas al final de los artículos contribuyen positivamente a completar esa dimensión internacional.

La Ley de Arbitraje española del 2003, al inspirarse en la Ley Modelo de la CNUDMI-UNCITRAL, favoreció la mayor uniformidad entre las leyes nacionales, también en su terminología. La Exposición de Motivos de aquélla señala en particular la importancia de la cuestión idiomática para el área iberoamericana y para el desarrollo del arbitraje en nuestra lengua. España, bajo la nueva Ley, ha ganado una ventaja cualitativa como sede de arbitrajes internacionales, y la lengua oficial del Estado, una posición preferente como idioma de estos procedimientos.

De ahí, la importancia de familiarizarse con la terminología arbitral española, no ya en el uso del arbitraje interno, sino en el internacional, especialmente en el comercial. Y a esa finalidad responde esta obra, a facilitar el conocimiento y el uso correcto de la terminología arbitral en lengua española.

Todo diccionario es una herramienta; los especializados, un «instrumento del oficio». Cumplen una función que puede parecer modesta, pero que es indispensable.

Antes decía que sin «herramientas» no se pueden construir ingenios espaciales. Recuerdo que cuando el Colegio «Juan de la Rosa», de Ronda, con motivo de su L Aniversario, me pidió que recomendara a sus alumnos un par de libros, no aconsejé la lectura de obras maestras sino el uso de simples instrumentos o herramientas: un buen diccionario y una buena gramática. Predico con el ejemplo, esos «útiles» están siempre en mi mesa de trabajo.

Los diccionarios de terminología jurídica, como el aquí prologado, son útiles y necesarios para los profesionales del Derecho, que no pueden faltar entre sus «bártulos», que significa enseres del oficio y que tiene, por cierto, origen en el lenguaje de los juristas, como recordó oportunamente S.M. el Rey Juan Carlos I en su discurso de investidura de Doctor *Honoris Causa* por la Universidad de Bolonia. Los estudiantes españoles que acudían en el siglo XIV a aquella Universidad a seguir las

enseñanzas del gran jurista Bártolo de Sassoferrato, regresaban a España con las obras del maestro, «*los bártolos*», útiles para ejercer la profesión de abogado, profesor, juez o cualquier otra jurídica. La expresión se extendió a toda clase de instrumentos o herramientas de cualquier oficio («*ferri del mestiere*»), como «*bártulos*», y así se conserva en nuestro idioma usual. He aquí un nuevo útil que no debe faltar entre los «bártulos» de quienes, de una forma u otra, se relacionan con la actividad arbitral en la que la lengua española va adquiriendo una importancia creciente.

Merecen felicitaciones el Director Jorge Luis Collantes González, peruano, de una nación en la que se habla un excelente español y se cultiva una esmerada cultura arbitral, así como sus colaboradores y coautores de la obra; el primero, por su iniciativa, por sus esfuerzos hasta verla realizada y por su admirable labor de organización y ejecución; los segundos, por sus trabajos en una tarea delicada y difícil como es también la de *términos*, límites y confines de cada aportación en una obra colectiva, hasta conseguir su unidad y su armonía, con un grado de calidad de excelencia.

Los lectores, usuarios de esta herramienta si la unen a sus «bártulos», la juzgarán. Para mí, esta monumental aportación es una prueba más del desarrollo del arbitraje en España, que sale de los angostos límites nacionalistas para ocupar el puesto que merece en un mundo globalizado, en el que las relaciones internacionales se multiplican y, con ellas, los litigios y la conveniencia de resolverlos a través del arbitraje, como alternativa a las jurisdicciones nacionales. Nuestro Derecho vigente lo permite y el tráfico mercantil, nacional o internacional, lo demanda.

Manuel Olivencia
Catedrático Emérito de Derecho Mercantil
de la Universidad de Sevilla
Vicepresidente de *Cuatrecasas, Gonçalves Pereira*
Sevilla, 10 de marzo de 2011, San Cayo

Agradecimientos previos

Aprendí a utilizar el diccionario en mi Trujillo natal. Entonces éramos niños uniformados de plomo y camisa blanca que, a principios de los años ochenta, buscábamos palabras nuevas con la emoción de encontrarles algún significado divertido.

En esa entrañable infancia, en la que la señorita Teresa me había enseñado a leer y a escribir, donde el profesor Sánchez nos explicaba matemáticas, y en la que la señorita Margot narraba la historia del Perú mencionando a España con dibujos en la pizarra, no imaginé que recordaría con especial cariño aquellas memorables mañanas en las que, con inocente maldad, alguno buscaba el significado del apellido de otro en el diccionario y lo leía en voz alta.

En esos lejanos días, como para todo niño de mi generación, la palabra *arbitraje* sólo tenía una connotación deportiva relacionada con un señor vestido de negro que iniciaba y terminaba los partidos de fútbol en el campeonato mundial de España 1982 con un silbato. En esa época, también estaba bastante lejos de pensar que algún día me graduaría en Derecho en España y, en esa graduación, tampoco imaginé que años más tarde pondría en marcha un diccionario de arbitraje. Pero, las circunstancias se impusieron.

Las circunstancias que han permitido la construcción de este diccionario son varias. La primera es, sin duda, el buen parecer y la disponibilidad de los más de noventa autores para emprender esta tarea académica de forma colectiva.

Las otras circunstancias que han influido son: el creciente interés académico que el arbitraje ha despertado en los países de habla hispana durante los últimos años, la incursión de juristas hispano parlantes en el Derecho francés o en el *Common Law*, y las contiendas arbitrales que, en la práctica, han dado lugar a un vertiginoso desarrollo de la disciplina arbitral planteando novedosos y/o controvertidos temas muy difíciles de conocer desde la exclusiva práctica del Derecho ante los tribunales estatales y en aplicación del Derecho doméstico. Las medidas equivalentes a la expropiación, la extensión de la cláusula arbitral a terceros, la ejecución de un laudo anulado en el Estado sede, el alcance de la confidencialidad, las cláusulas paraguas, o la cláusula *multi-tier*, son algunos ejemplos de esta realidad.

Desde una perspectiva práctica o funcional, el trabajo de los autores en torno a las palabras reunidas en este diccionario demuestra la idoneidad de la lengua castellana para los litigios arbitrales internacionales. Esta realidad está corroborada no sólo en la construcción de términos y frases arbitrales, o con la asunción de neologismos jurídicos y/o con la rápida incorporación de extranjerismos al lenguaje cotidiano del entorno arbitral en habla hispana, sino, también, en los sinónimos, antónimos, homónimos y tiempos verbales que nuestro idioma ofrece; así como en la proverbial precisión de su vocabulario; lo cual permite, en arbitraje, una mayor exactitud para las demandas, las alegaciones, contestaciones, réplicas, dúplicas y para la elaboración de los mismos laudos.

Por el significado de los términos que contiene, este diccionario evidencia que el arbitraje —por su expansión, auge y entrada a sectores otrora inimaginables como la contratación pública o el Derecho de la Competencia— va camino a hacer una revolución jurídica con vocación universal, donde la autonomía de la voluntad y la participación de la sociedad civil son los protagonistas, y donde el factor *idioma del procedimiento* representa el espacio cultural elegido por las partes, cuya libre elección debe siempre ser preservada —e incluso facilitada—, sea cual sea el lugar donde se realice el arbitraje, la ley por la que se rige,

la ley aplicable al fondo del asunto o la condición de persona física, de persona jurídica o de Estado, de las partes intervinientes. Pues, preservar la libre elección del idioma del procedimiento arbitral es preservar la libertad de expresarse.

Una vez editado este diccionario hay razones suficientes para estar contento. Las cosas han salido bastante bien. Pero, en honor a la verdad, también puedo decir que, en medio de los buenos momentos que mis compañeros de este diccionario me han dado, la palabra «diccionario» me trae algo de tristeza lejana, de nostalgia, porque me asaltan otros recuerdos. Pues, me es imposible desasociar la palabra «diccionario» de aquellos años en los que aprendí a utilizarlo, a redactar, a resumir, a utilizar los signos de puntuación y, naturalmente, me es difícil no recordar a mis más antiguos profesores, su vocación docente, el cariño con el que ejercían el magisterio y las veces que pedían silencio.

Recuerdo que una vez yo estaba enfermo y la profesora Margot me visitó para evaluarme de unos exámenes para que no se me acumulen las asignaturas; y que otras veces llamaba a casa preguntando si todo iba bien con mis deberes. Mi madre se ha encargado de mantenerme vivos estos recuerdos con especial gratitud durante los años siguientes, por lo que, tras este diccionario, me gustaría visitar a la señorita Margot, en mi Trujillo natal, y con la edición en mano decirle con voz de adulto (que ella siempre escucharía como de niño): «mire esta idea: ¡un diccionario!; y yo escribí algunas palabras». Ante esta imposibilidad verbal, sólo me queda escribirlo. Pues, inesperadamente una vez dejó de ir al colegio, enfermó, y al poco tiempo murió, como también ocurrió con mis otros profesores de aquellos lejanos años. Es una ironía que, después de haber tenido la idea de sacar adelante este diccionario, no pueda compartirlo con quienes me enseñaron a utilizarlo. Desvelo así que, inevitablemente, el Perú es una fuente inagotable de recuerdos.

Con total nitidez, recuerdo el sofá del Papá Héctor (como mis hermanos y yo llamábamos a mi abuelo paterno), quien cada mañana leía *La*

Industria, El Comercio y otro diario sentado allí. En ese sofá —y no en su escritorio— tenía un voluminoso diccionario enciclopédico de tapas gruesas de color rojo con el que, acabada la adolescencia, me gustaba pasar el rato encontrando palabras desconocidas sin buscar ninguna en especial y sin anotar su significado para imaginarlas en el acto, las veces que visitaba su casa. En esas horas, más de una vez, mi abuelo, ajeno a mi —para él, pecucliar— forma de matar horas, me interrumpió diciendo «de un diccionario no se estudia. Se consulta para tener idea precisa de cosas concretas y de palabras. ¡Estudia de tus libros!».

Muchos años después, debo decir que el lector debe ser consciente de que nuestro *Diccionario Terminológico del Arbitraje* no pretende sustituir manuales ni tratados en los que se explica la disciplina arbitral con la perspectiva y el parecer de una escuela que tiene una teoría del arbitraje en toda su amplitud, sino que pretende servir de apoyo para que todas las escuelas y profesores universitarios puedan lograr sus objetivos; pretende que juristas de otras lenguas maternas puedan conocer con qué terminología nos expresamos en el entorno arbitral iberoamericano; y para aproximar al lenguaje arbitral a cualquier interesado desde las distintas áreas del Derecho. Pues, como bien se lee en el Prólogo, la terminología sirve para transmitir con transparencia y exactitud la idea que se quiere expresar. Ésa es la función de este diccionario y, en este sentido, el lector debe leer el desarrollo de cada término del diccionario como la idea que encierra tal o cual palabra y teniendo siempre en cuenta que el arbitraje es una disciplina en constante desarrollo, algunas veces con ambigüedades, y otras veces presta a percepciones e interpretaciones contradictorias como, por ejemplo, ocurre con la ejecución de un laudo anulado en el Estado sede en el arbitraje internacional (lo que para unos obedece a la deslocalización del laudo y para otros es más bien una aberración jurídica) entre otros temas, lo cual, a su vez, alimenta una fascinación jurídica entre quienes la disciplina inquieta en distintas latitudes del planeta.

En medio de estas circunstancias, resulta oportuno recordar algunas palabras de una figura prominente en el arbitraje, como Bruno Oppetit,

en tanto que el arbitraje fascina por la impresión que puede dar de escapar en gran parte a la influencia de las sociedades organizadas (del Estado); por la ambigüedad, factor de libertad que le confiere su débil anclaje espacial; por la influencia que ejerce en la solución de los conflictos; y por su indeterminación a la luz del Derecho.

En medio de estas líneas, quiero agradecer a los autores de este diccionario —agradecerles uno a uno— e, inevitablemente, a la universidad española por la constante colaboración recibida de muchos profesores en las distintas iniciativas académicas que he tenido en mente durante los últimos años. Pues, muchos de los autores de este diccionario ejercen la docencia en distintas Facultades de Derecho; y no sólo en España sino también en el Perú, mi país de origen al cual volví por primera vez tras trece años de ausencia, precisamente, atendiendo a una invitación para dar una conferencia sobre arbitraje en el Congreso Internacional de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Embajada de Francia en Lima y el Estudio Mario Castillo Freyre.

Otro grupo de autores provienen del ámbito práctico del arbitraje, concretamente desde España, Perú, Panamá y Suiza. De ambos colectivos de juristas —académicos y prácticos— estoy muy agradecido, sin perder de vista que el arbitraje empieza a borrar, en mayor o menor medida, esa frontera entre lo teórico y lo práctico, una frontera que muchas veces inexplicablemente construida en algunos países y bastante nociva para todos cuando de disciplinas y profesiones jurídicas se trata.

En este diccionario —que es la antesala de la *Enciclopedia Jurídica del Arbitraje en Español* que aspiramos escribir aguardando la madurez que el tiempo y la prudencia nos permitan alcanzar de manera colectiva—, quiero subrayar no sólo el buen trabajo de cada uno de los autores, sino también su paciencia e ilusión, junto a la de los coordinadores, quienes han tenido una encomiable dedicación en la parcela de tarea que les ha tocado escribir y/o coordinar.

Así, a Nicolás Zambrana agradezco la primera lectura, vocablo por vocablo, y sus opiniones sobre el texto íntegro del primer borrador del diccionario. A Bárbara de la Vega agradezco haber coordinado la recepción y ordenación de las trayectorias profesionales de los autores y haber pensado en invitar a Don Manuel Olivencia a prologar este diccionario. A Anne-Carole Cremades, Jaime Gallego y Domitille Baizeau agradezco la elaboración y coordinación de las tres tablas de traducción e interpretación que permitirán, tanto a la anglofonía como a la francofonía, aproximarse a la terminología arbitral en nuestra lengua y, al hispano parlante, conocer la terminología de la disciplina arbitral en tales lenguas. La elaboración de estas tablas implicó una segunda lectura que también condujo a colocar las entradas o voces en idioma español en la mayor medida posible, ya que algunas voces se desarrollaron originalmente partiendo desde el término en inglés o en francés, dado que es desde donde el arbitraje en habla hispana incorpora neologismos. Y a Jorge Mas Taladríz le agradezco haberme sugerido varios nombres de personas que él consideraba ecuánimes para esta obra, y cuyos aportes le han dado razón. Pero, junto a estas particularidades o aportes mencionados, les agradezco las ideas, comentarios y sugerencias que me han venido dando en el transcurso de esta iniciativa, muchas de las cuales injustamente pasarán inadvertidas pese a haber sido tomadas en consideración y de estar presentes en las páginas siguientes.

¿Cómo se generó el listado de términos o entradas de nuestro diccionario? Es sencillo de contar. Era marzo-abril del 2010 cuando el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona celebraba la primera edición del Diploma en Arbitraje Internacional, bajo la dirección del abogado franco-hispano Juan Pablo Correa Delcasso. La terminología que fluía en las clases de este Diploma me permitió reunir los primeros términos en papel a puño y letra para buscarlas en algún glosario de términos arbitrales. Con esa ilusión acudí a bibliotecas y, al no encontrar ningún glosario o diccionario como el que buscaba, pensé que si no existía tal «bártulo» en habla hispana, alguien debería tomar la iniciativa de construir uno. Entonces empecé a reunir los primeros términos y a hacer circular

la idea entre juristas que me habían acompañado en otras iniciativas con anterioridad, como Pilar Perales, Domingo Bello, Valentín Bou, Javier Junceda, Jordi Sellarés, Carmen Parra, Cástor Díaz, Fátima Yáñez, Fernando de Trazegnies, Felipe Osterling, Carlos Blancas, Pedro Claros, Juan Guillermo Lohmann, Marta Gonzalo Quiroga, Joan Hortalà, Cristina Hermida, Georgina Garriga, Gloria Esteban de la Rosa, Javier Guillén y otros más; entre los profesores de aquel Diploma, sumándose así Ramón Mullerat, Màrius Miró, Mercedes Tarrazón y el mismo Juan Pablo Correa; entre algunos compañeros de clase, como María Pontigo y Ricardo Ciullo; así como entre otros abogados a quienes la disciplina arbitral me ha permitido conocer, como Víctor Manuel Sánchez, quien también llevó la idea a Elisabeth de Nadal y a los miembros del Grupo de Arbitraje de Cuatrecasas en Barcelona (con lo cual, en este proyecto académico, el sector de la abogacía española joven del arbitraje internacional empezó a tener notoria presencia) mientras que, en paralelo, autores ya comprometidos con algunos vocablos empezaron a proponer la incorporación de nuevos términos y, a la vez, la participación de nuevos autores quienes, a su vez, sugerían otros términos.

En medio de esta construcción, también se sumaron buena parte de los autores de relevantes tesis doctorales sobre arbitraje recientemente sustentadas en España, como Gonzalo Stampa, Nuria Mallandrich, Victoria Sánchez Pos o Diana Marcos; abogados jóvenes como Víctor Bonnín, Margarita Soto o Elisa Vicente de la firma Garrigues en Madrid; juristas desde Cortes de Arbitraje, como Pablo Pozas, Miguel Temboury, María Arias Navarro, Javier Iscar, Antonio María Lorca, Elena Gutiérrez García de Cortazar; y otros juristas como Calvin Hamilton, Alejandro López, Alfredo Bullard, Enrique Ferrando, Arancha González, Katia Fach, Franz Kundmüller y así, poco a poco, llegamos a ser las más de noventa las personas comprometidas en este proyecto.

Es así como se inició y se realizó la construcción de este diccionario que, día tras día, hizo que la idea atraiga no sólo a personas de España y Perú, sino a personas de otras latitudes y nacionalidades presentes,

como Francia, Bélgica, Alemania, Italia, Panamá o Nueva Zelanda; lo cual subraya, una vez más, la utilidad del español como lengua de trabajo en materia arbitral.

A todas las personas que han contribuido a que este diccionario sea hoy una realidad —y cuyos nombres están en la contratapa de este diccionario, a la que me remito— les estoy muy agradecido desde lo más profundo de mi corazón. Pues, con la honestidad y transparencia que debe presidir la institución arbitral, dentro y fuera de los litigios arbitrales, he de subrayar que yo sólo he dado una idea y he delegado términos y tareas que, con desprendimiento de su tiempo, los coordinadores y los autores de cada vocablo han llevado a buen puerto. Es a ellos, a quienes el arbitraje en habla hispana debe agradecer y serán ellos quienes construirán la *Enciclopedia Jurídica del Arbitraje en Español,* si bien, como ya describe el prólogo, hay términos desarrollados en este diccionario que se elevan de categoría hasta el punto de que, más propios de un diccionario, son propios de una verdadera *enciclopedia* del arbitraje.

Con esa misma honestidad confieso que yo sólo no hubiera construido en corto plazo un voluminoso diccionario similar a éste, donde la jurisprudencia y el *case law* son bastante ilustrativos. Nuestro diccionario es posible gracias a la participación de abogados cuya competencia profesional está corroborada en el prestigio de las firmas en las que ejercen su profesión y al rigor científico de profesores universitarios, quienes han sabido escribir cada término con criterio de unidad y armonía dentro de la diversidad y particularidades propias de la disciplina que cultivamos.

Llegados a estas líneas, quiero también decir muchas gracias a nuestro prologuista, Don Manuel Olivencia —de esa Andalucía de la que guardo buen recuerdo y cariño— por las generosas palabras que ha tenido al escribir el Prólogo que antecede a estas páginas. La presencia de un jurista de la trayectoria de Don Manuel y la magistral redacción que nos ha brindado al prologar esta obra complementan la legitimidad necesaria a la que todo diccionario jurídico aspira.

Asimismo, agradezco a la *Biblioteca de Arbitraje* del Estudio Mario Castillo Freyre por su buen parecer de asumir la edición, incorporándola dentro de esta serie con todo lo que esta obra implica; una obra que me habría gustado que mi padre tenga entre sus manos para recordarle que, tiempo antes de aprender a utilizar un diccionario, me hablaba de un tal Tales de Mileto. Pues, hoy he leído que, en la Grecia antigua, Tales de Mileto decía que «lo más fuerte es la necesidad, porque lo domina todo». Si yo hubiera encontrado el diccionario de arbitraje que buscaba hace algo más de un año, no me habría visto en la necesidad de iniciar la construcción de éste.

Barcelona, 20 de julio de 2011.

Jorge Luis Collantes González
Licenciado en Derecho por la
Universidad Internacional de Cataluña.

Palabras de los editores

En el año 2005, nuestro Estudio de abogados se trazó la meta de crear una colección bibliográfica especializada en arbitraje.

En tal sentido, consideramos que el nombre que correspondía a dicha colección era el de *Biblioteca de Arbitraje*.

El objetivo se basaba en el hecho de que una de las principales actividades de los miembros de nuestro Estudio de abogados es el arbitraje en las diversas facetas profesionales; es decir, ejerciendo función arbitral, así como también defendiendo en litigios arbitrales a los clientes de nuestra Firma.

En ese sentido, deseábamos crear una segunda biblioteca, que se sumara a la *Biblioteca de Derecho,* que es aquélla conformada por todas las obras de Derecho, fundamentalmente de naturaleza civil, que auspicia o edita nuestro Estudio de abogados.

El objetivo de ambas colecciones es el de difundir las doctrinas jurídicas de aquellas áreas en las que nos especializamos, habida cuenta de que entendemos que nuestra función como Estudio de abogados no sólo se circunscribe a la típica asesoría profesional, sino que nuestro deber como abogados, a la par que como profesores universitarios, es el de difundir el Derecho en el Perú.

El primer número de la *Biblioteca de Arbitraje* apareció a fines del año 2006 y llevó por título *Arbitraje*. *El Juicio Privado: la verdadera reforma de la justicia*. Esta obra fue escrita por Ricardo Vásquez Kunze y Mario

Castillo Freyre; y ella representó un desarrollo de los aspectos esenciales de la teoría general del arbitraje a la luz de la legislación peruana, formulando un cuestionamiento que resultaba indispensable, a efectos de reflexionar acerca de la importancia del arbitraje en el Perú.

En dicha obra se sostuvo la tesis de que el arbitraje ha constituido en nuestro país la verdadera reforma de la justicia, la misma que, paradójicamente, no provino de los tribunales ordinarios, sino de la propia sociedad.

Una de las ideas que siempre ha marcado la línea de nuestra colección bibliográfica ha sido aquélla en el sentido de que los libros que publicáramos tuvieran el permanente aporte académico de los integrantes de nuestro Estudio de abogados.

En ese sentido, el volumen 2, que lleva por título *Arbitraje y Debido Proceso* (2007), fue una obra colectiva escrita en su integridad por miembros de nuestra Firma. En ella recogimos diversas experiencias y puntos de vista adquiridos en el ejercicio profesional.

Los volúmenes 3 y 4, titulados *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (2007), constituyen una obra colectiva de gran importancia. Fueron dirigidos por nuestro compatriota Jorge Luis Collantes González y recogen extraordinarios trabajos de profesores españoles, que escribieron acerca de cómo el arbitraje ha ido penetrando en los diferentes ámbitos de nuestra profesión, de modo tal que los tradicionales confines que planteaba la institución arbitral han ido siendo rebasados paulatinamente, hasta el punto que hoy en día uno se pregunta cuáles serán los límites del arbitraje en el futuro.

Nuestro Estudio coorganiza, anualmente, desde el año 2007, junto con el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú, un Congreso Internacional de Arbitraje.

En ese sentido, en el año 2008 publicamos los volúmenes 5 y 6 de la *Biblioteca de Arbitraje*, los mismos que recogieron las *Ponencias del I Congreso Internacional de Arbitraje,* que tuvo lugar en el año 2007.

Lo propio ocurrió en el año 2009, cuando publicamos el volumen 8, que incluye las *Ponencias del II Congreso Internacional de Arbitraje*, realizado en el año 2008.

El volumen 12 fue publicado en el año 2010 y recogió las *Ponencias del III Congreso Internacional de Arbitraje,* desarrollado en el año 2009.

Asimismo, el volumen 20 —de próxima aparición— compendia las *Ponencias del IV Congreso Internacional de Arbitraje,* que se realizó en el año 2010.

La *Biblioteca de Arbitraje* también publicó en el año 2009, el volumen 7, titulado *El Arbitraje en la Contratación Pública*. Esta obra fue escrita por Rita Sabroso Minaya, también abogada de nuestro Estudio y por Mario Castillo Freyre.

De igual modo, en el año 2009 publicamos los volúmenes 9 y 10 de la *Biblioteca,* titulados *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales*, obra colectiva en la que participaron numerosos profesores y abogados españoles. Dicha obra fue dirigida por Jorge Luis Collantes González y coordinada por la profesora Bárbara de la Vega Justribó.

En el año 2010 editamos la primera parte de *Arbitraje Comercial Internacional en Latinoamérica* (volumen 11), obra que hace un recorrido pormenorizado sobre cómo funciona el arbitraje comercial en cada uno de los países de América Latina. La segunda parte de esta obra aparecerá como el volumen 19, en los primeros meses del año 2012.

Asimismo, en el año 2010 publicamos la obra *Panorama actual del arbitraje* (volumen 13), la misma que contiene diversos trabajos de profesores y abogados peruanos que abordan la problemática contemporánea del arbitraje en el Perú, fundamentalmente a la luz del Decreto Legislativo n.º 1071, Ley de Arbitraje que rige en nuestro país desde el 1 de septiembre de 2008.

En el año 2011 editamos la primera parte de una obra escrita y compilada por el abogado peruano Esteban Alva Navarro, con la colaboración del profesor Roger Vidal Ramos, que constituye el volumen 14 de nuestra *Biblioteca* y que lleva por título *La anulación del laudo.*

La segunda y tercera partes constituirán los volúmenes 15 y 16 de nuestra *Biblioteca* y saldrán publicados durante los primeros meses del año 2012.

En diciembre del 2011 publicamos el volumen 17 de la *Biblioteca de Arbitraje*, titulado *¿Arbitraje y regulación de servicios públicos? El caso de OSITRAN*. En esta obra analizamos la problemática teórica y práctica de la arbitrabilidad de las decisiones de los organismos reguladores en el Perú, poniendo particular énfasis en el caso de OSITRAN, Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, basándonos en una experiencia profesional que nos acercó a este tema. El libro fue escrito por Rita Sabroso Minaya y Mario Castillo Freyre.

También será de próxima aparición en el año 2012 la obra *El Contrato Partes-Árbitros,* escrita por el abogado peruano Luis Puglianini Guerra, en la que el autor realiza una muy interesante aproximación sobre la compleja problemática contractual que se entreteje conforme se van incorporando nuevos actores al arbitraje, es decir, cuando no sólo existen las partes que celebraron el convenio arbitral sino que, una vez producida la controversia, los árbitros entran en escena.

Como puede apreciar el lector, nuestra *Biblioteca de Arbitraje* está por pasar los veinte volúmenes y ella es la publicación continua más antigua de arbitraje en el Perú, además de haberse ganado un lugar importante dentro del medio arbitral y jurídico nacionales, y de circular en medios académicos y profesionales del extranjero.

En ese sentido, quienes dirigimos la *Biblioteca de Arbitraje* nos sentimos profundamente orgullosos de publicar este valiosísimo *Diccionario terminológico del Arbitraje Nacional e Internacional (Comercial y de Inversiones),* obra ideada y dirigida por el abogado peruano Jorge Luis Collantes González, con quien nuestro Estudio mantiene una estrecha relación y quien nos honra representando los esfuerzos de la *Biblioteca de Arbitraje* en el Viejo Continente.

Jorge Luis Collantes es abogado en ejercicio, conferencista habitual y está incursionando en la docencia, a través del Diplomado en Arbitraje Internacional del Colegio de Abogados de Barcelona; y, sin duda, es el más incansable propulsor de proyectos académicos de extraordinaria calidad y eslabón indispensable para el conocimiento recíproco del Derecho peruano con el extranjero, especialmente con España, donde reside desde hace alrededor de dos décadas.

Cuando Collantes González nos transmitió la idea del *Diccionario*, ella no sólo nos pareció extraordinaria y ambiciosa, sino que además consideramos que llenaba un vacío importante en la literatura jurídica sobre arbitraje.

Cada vez se escribe más sobre diversos y variados temas arbitrales; pero, hasta donde llega nuestro conocimiento, no existe un diccionario de arbitraje. Es por ello que cuando uno desea consultar sobre el significado de determinados términos en esta materia, sólo queda recurrir a la bibliografía específica, situación a la que estamos acostumbrados quienes nos desempeñamos en el medio arbitral.

Sin embargo, la labor de búsqueda y precisión de conceptos se aligerará notablemente con el uso de esta obra, que aspira ser de permanente consulta y utilidad.

Asimismo, queremos resaltar y agradecer la muy activa coordinación que han tenido seis ilustres abogados expertos en arbitraje. Me refiero a Domitille Baizeau (experimentada árbitro internacional, reconocida conferencista en materia de arbitraje, socia de LALIVE Ginebra y miembro del Comité de Arbitraje de la Cámara de Comercio y de Industria de Ginebra), Anne-Carole Cremades (miembro del Club Español de Arbitraje y de la Swiss Arbitration Association, conferencista internacional y abogada en ejercicio del Grupo de Arbitraje Internacional en Schellenberg Wittmer Suiza), Bárbara de la Vega Justribó (profesora de Derecho Mercantil en la Universidad Carlos III de Madrid, árbitro y entrenadora en el Moot Madrid, autora de diversas publicaciones y ganadora del Primer Premio al Mejor Ensayo Jurídico del XV Congreso Marítimo Internacional, celebrado en Panamá, en febrero del 2011), Jaime Gallego (abogado en ejercicio de LALIVE Ginebra, miembro del Club Español de Arbitraje y reconocido especialista en resolución de controversias internacionales y arbitrajes internacionales comerciales y de inversión), Jorge Mas Taladriz (profesor de Arbitraje en institutos y universidades de España y Colombia, autor de varias publicaciones sobre arbitraje y árbitro de reconocida trayectoria) y Nicolás Zambrana Tévar (profesor de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Navarra, conferencista y expositor internacional, así como especialista en arbitraje y litigios internacionales), sin cuya invalorable labor esta obra no hubiese sido posible.

De igual modo, queremos resaltar el extraordinario prólogo con el que nos ha honrado el profesor Manuel Olivencia, ilustre Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla.

Y, sin duda, la *Biblioteca de Arbitraje* agradece el notable esfuerzo y la extraordinaria calidad del casi centenar de expertos en arbitraje que han escrito para este libro.

Difícilmente se hubiese podido juntar un equipo tan calificado de colaboradores para una obra colectiva, como el que convocó Jorge Luis Collantes González. Como editores de la *Biblioteca de Arbitraje* nos atrevemos a calificar a esta obra como una joya de la literatura arbitral en habla hispana, comprometiéndonos a realizar los mayores esfuerzos para su difusión en el Perú y en toda Iberoamérica.

Lima, octubre del 2011

Mario Castillo Freyre*
Laura Castro Zapata**

---

* Mario Castillo Freyre, Magíster y Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio el Estudio que lleva su nombre. Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Profesor principal de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Director de las colecciones *Biblioteca de Arbitraje* y *Biblioteca de Derecho* de su Estudio. www.castillofreyre.com.

** Abogada por la Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE). Egresada de la Maestría de Derecho Empresarial de la Universidad de Lima (en convenio con la Universidad Autónoma de Madrid). Egresada del Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socia del Estudio Mario Castillo Freyre. Subdirectora de la *Biblioteca de Arbitraje*.

A

Abstención del árbitro

1. Concepto e introducción general

Etimológicamente la palabra abstención significa la renuncia voluntaria a hacer o a conocer de algo, abstención es pues, sinónimo de contención, inhibición y/o privación. Contextualizado en el ámbito de la justicia o de la resolución alternativa del conflicto, podríamos añadir que se trata de un apartamiento voluntario del árbitro, de intervenir y/o conocer de algunas cuestiones y asuntos, fundamentalmente basadas en cuestiones o por hechos o circunstancias que le impidan dirigir el procedimiento arbitral con la independencia e imparcialidad que vienen exigidas por las legislaciones aplicables. En materia arbitral serán aplicables todas aquellas causas que amenacen los principios rectores de la independencia y la imparcialidad.

Haciendo una aplicación extensiva del término y contextualizándolo en el arbitraje, podría afirmarse que para disponer de un procedimiento arbitral con plenas garantías, éste debería ser administrado por un árbitro que además de ser imparcial e independiente como exige la práctica totalidad de la normativa nacional e internacional en materia de arbitraje, no debe tener relaciones personales, profesionales o comerciales con ninguna de las partes, debe ser equitativo, ecuánime, sereno y ponderado en su actuación, pues en caso contrario, para la perfección del sistema, debería producirse la abstención.

Del mismo modo, resulta contradictorio reconocerle la *autoritas* a un árbitro que no goce de independencia e imparcialidad. Y recordemos que la figura del árbitro viene asociada a la idea del «hombre bueno»,

imparcial, neutral, independiente, de reconocido prestigio profesional…; en caso contrario, de no reunirse estas condiciones, podríamos entender que se produce fraude hacia las partes que se han sometido libremente al proceso arbitral.

La imparcialidad viene definida por la búsqueda del máximo equilibrio entre las partes, el árbitro no puede ni debe decantarse nunca por ninguna de ellas, sino al contrario, debe promover y potenciar la participación y el justo equilibrio entre ambas. Y también debe ser neutral, mantener una actitud de no injerencia en el conflicto más allá de sus estrictas funciones de dirección del proceso arbitral.

Y ante este elenco de cualidades y condiciones que deben acompañar al árbitro y a su función, las partes deben disponer de mecanismos en las legislaciones aplicables que le permitan recusar a un árbitro o forzar su renuncia. Partimos de la base de que la abstención es una acción previa a la aceptación, por tanto, para proteger a las partes, deberán establecerse otros mecanismos de salvaguarda para hechos sobrevenidos a esa aceptación, como pueden ser, el deber de revelación, el derecho de aclaración y la recusación.

2. Normas aplicables de orden interno y de Derecho comparado

En España la normativa de referencia para establecer causas de abstención o recusación del árbitro por quedar afectada tanto su independencia como su imparcialidad, sería básicamente la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Civil (normativas deontológicas de posible aplicación al margen), así como la Ley de Arbitraje vigente desde el 2003. En las anteriores leyes de arbitraje, existía una referencia o reenvío de las causas de abstención que afectaban a los jueces y magistrados y que aparecían tasadas en su ley orgánica. Se trata de 16 causas tasadas aunque, en general, son todas aquéllas que limitan la independencia e imparcialidad del juzgador, ya sea por la existencia de relaciones o vínculos personales y/o profesionales: parentesco en con-

sanguinidad o matrimonial y/o asimilable, intereses directos o indirectos en la resolución del pleito, haber estado sancionado, disponer de información privilegiada, es decir, todas aquellas cuestiones que afectan a la imparcialidad, neutralidad e independencia del tercero que debe resolver el proceso.

En la actualidad, la vigente Ley de Arbitraje española ha eliminado ese reenvío (si bien aunque no todas ellas fueran extrapolables a la figura del árbitro, las causas recogidas en el elenco podrían resultar de aplicación por mera aplicación de la ética y las normas del sentido común) y se limita a establecer el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje. Garantía de ello es el deber que tienen los árbitros de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia que pueda poner en duda su imparcialidad o independencia. Cuando el árbitro designado sospeche o intuya *ex ante* que no va a poder cumplir con estos requisitos, debe abstenerse de aceptar el encargo (en mi opinión la abstención es previa a la aceptación), y si el impedimento no se prevé con anterioridad, pero sí con hechos o circunstancias sobrevenidas, deberá revelar a las partes esos impedimentos que pueden «adulterar» su actuación, para promover el árbitro la abstención «sobrevenida» o las partes, su recusación si procede.

Al margen de la referencia a la normativa nacional, y recordando que la misma (como la mayoría de normativas arbitrales vigentes se amparan en la Ley Modelo), procede hacer constar que la Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (enmendada en el 2006) ya establece en su artículo 11.5 que en el momento del nombramiento de un árbitro, debe tenerse en cuenta tanto el acuerdo de las partes en este sentido como el hecho de tomar todas las medidas necesarias para garantizar que ese árbitro sea independiente e imparcial, para añadir incluso la conveniencia de un tercer requisito que consistiría en la nacionalidad distinta del árbitro a la de las partes. También

contempla la Ley Modelo el deber de revelación de causas sobrevenidas que puedan afectar a esta independencia e imparcialidad, así como el mecanismo de renuncia y el de revocación.

El Código Ético de Buena Praxis Arbitral acordado por la *International Bar Association* y asimilado con pequeñas modificaciones por el Tribunal Arbitral de Barcelona, ya estipula que un árbitro únicamente aceptará un nombramiento (es decir, no se abstendrá) cuando sea capaz de desempeñar sus obligaciones sin partidismos, sea competente para resolver las cuestiones del litigio, conozca suficientemente el idioma del arbitraje y le pueda dedicar el tiempo y la atención a las partes que razonablemente tienen derecho a esperar. Por tanto, vemos que con cada normativa consultada, los iniciales conceptos de imparcialidad e independencia se extienden en su significado para contemplar todas las posibilidades que a *sensu contrario* deberían llevar a la abstención del que ha sido designado. Insiste el referido Código que en cuanto aparezcan dudas razonables sobre esa independencia e imparcialidad (relación directa o indirecta con las partes o con un tercero testigo potencialmente relevante) el árbitro no debe aceptar el encargo (debe abstenerse), salvo que las partes acuerden y consientan por escrito lo contrario. En síntesis, independencia viene a ser un concepto objetivo vinculado a las relaciones de subordinación del árbitro con alguna de las partes; e imparcialidad viene a ser un concepto subjetivo vinculado a la capacidad del árbitro de no favorecer *a priori* a ninguna de las partes.

En la misma línea que la Ley Modelo, otro ejemplo lo constituye el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del CEA (Club Español de Arbitraje) que establece que las instituciones arbitrales velarán por que los árbitros dispongan del tiempo necesario para dictar el laudo en el plazo establecido, así como para que los árbitros presenten una declaración de independencia e imparcialidad, donde se revele y se obligue a revelar en cualquier momento del procedimiento la existencia de circunstancias que puedan afectarlas. Por tanto, antes de su nombramiento o confirmación la persona propuesta como árbitro deberá suscribir esa declaración de independencia e imparcialidad.

Finalmente, el Código FINRA de ética para los árbitros comerciales de la AAA/ABA establece en sus cánones de conducta todas las condiciones que deben acompañar a un árbitro y que de no concurrir, deberían dar lugar a su abstención, tales como: actuar con integridad y ecuanimidad, deber de revelación, información y divulgación de las causas que afectan a su independencia e imparcialidad, deber de diligencia, adopción de medidas justas, independientes y deliberadas, confidencialidad..., etc.

3. Comentarios y conclusiones

Por ello, y más allá de la imparcialidad e independencia exigida por las normativas aplicables de forma unánime, observamos que el concepto de abstención (al margen claro está, de su puro significado etimológico) no aparece claramente definido ni regulado, sino que la forma mayoritariamente adoptada, es la de exigir cualidades y condiciones innegociables al árbitro y que, de no concurrir, exigen y justifican que éste se abstenga o aparte del procedimiento para el cual ha sido designado, antes de aceptar. Todos ellos son conceptos y condiciones interrelacionados que actúan al unísono.

Para el caso de que los impedimentos o «vicios» de la independencia e imparcialidad exigidas aparezcan *a posteriori*, es decir, una vez producida la aceptación, las normativas prevén los mecanismos reparadores de tal circunstancia, por medio del deber de revelación, el derecho de aclaración, la recusación o la propia renuncia del árbitro.

Y, finalmente, una reflexión final: para el caso de que no se produzca la abstención (ya fuese por dolo o negligencia) ¿podría preverse la aplicación de un régimen de responsabilidad por daños y perjuicios contra los árbitros? ¿Cabe la falta de abstención dolosa? ¿Cabe la falta de abstención negligente? ¿El árbitro debería responder por alguna de ambas?

En este sentido, los códigos de ética de los colegios profesionales, y del resto de organizaciones colegiales nacionales e internacionales es-

tablecen las obligaciones deontológicas de los abogados colegiados que deben observar en el ejercicio de su profesión. Pero, nada dice de los colegiados cuando actúan como árbitros. ¿Hay que acudir a los códigos o reglamentos internos de cada una de las organizaciones nacionales e internacionales en materia de arbitraje? ¿Existe esa previsión por parte de la Ley Modelo CNUDMI? ¿Qué pasa respecto a la abstención debida y la posible responsabilidad del árbitro en caso de no haberla formalizado, ya fuese por dolo o por negligencia? ¿Estamos ante un supuesto de vacío legal?

En nuestra opinión, si existen dudas para reclamar contra el árbitro por falta de la abstención debida, sí podríamos afirmar que concurren las circunstancias para promover la anulación total o parcial de un laudo dictado por un árbitro que debió abstenerse y no lo hizo.

(Autor: Pedro Yúfera. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley de Arbitraje n.º 60/2003, Ley Orgánica del Poder Judicial Española, Ley de Enjuiciamiento Civil Española, Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL, la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Normativas deontológicas aplicables a nivel autonómico, estatal y europeo, Códigos de Conducta y de Buenas Prácticas de la *International Bar Association*, Tribunal Arbitral de Barcelona, Código FINRA y Club Español del Arbitraje.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Garberí Llobregat, José (Director). *Comentarios a la Ley* n.º *60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Madrid: Ed. Bosch. Merino Merchán, José F. y José M.ª Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral.* Navarra: Ed. Thomson-Cívitas. González Montes, José F. (Coord.). *Estudios sobre el Arbitraje, los temas clave.* Madrid: Ed. La Ley. Campo Villegas, E. «El arbitraje en las sociedades mercantiles». *RJC*, 1998, n.º 2.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Anulación parcial del laudo. Árbitro. Buena fe. Comienzo del arbitraje. Designación de los árbitros. Disponibilidad para ser árbitro. Imparcialidad del árbitro. Impugnación del laudo arbitral. Independencia del árbitro. Mala fe. Neutralidad del árbitro. Recusación del árbitro. Responsabilidad de los árbitros.

Abuso del Derecho (en el arbitraje/Principio de que la ley no ampara el abuso del Derecho)

1. Introducción y noción general

Hay figuras e instituciones jurídicas que por su propia naturaleza son difíciles de categorizar o de complejo encasillamiento, porque se proyectan como sombra sobre otras, a las que terminan afectando o influyendo sobre sus efectos. Tal acontece con el caso del llamado abuso del Derecho, que es noción con solera, pero que por su propia virtualidad y finalidad es esencialmente adaptable, mudable y hasta cajón de sastre para aquellas situaciones de compleja incardinación en categorías singulares. No obstante los progresos de la ciencia jurídica y de los intentos para delimitar y depurar las nociones —y con ello dar seguridad jurídica—, el tiempo y los esfuerzos no han podido producir el anhelado fruto de obtener una descripción exacta y unívoca para el abuso del Derecho. Y acaso ello sea bueno y conveniente, porque nociones como ésa, o la de la buena fe, están expuestas, y sirven, a distintas realidades económicas, sociales, temporales y legales que el operador jurídico ha de saber descubrir y acomodar en aras de la paz social cuando los demás elementos de los que disponga no sean suficientes o apropiados.

La Ley n.º 13 del Título XXXII de la Tercera Partida ya decía, aunque como conclusión de otra regla, que «*Maguer el ome aya poder de fazer en lo suyo lo que quisiere; pero deuelo fazer de manera que no faga daño, nin tuerto a otro*».

Enunciados tan anchos y generosos como el glosado han permitido que la doctrina, la legislación y los fallos judiciales hayan discurrido, según los países y corrientes, por distintos afluentes conceptuales, tanto para sostener la inutilidad de la figura del abuso del Derecho —al grado de considerarla un absurdo en sí misma, porque el abuso supone exceso o extralimitación para ingresar en el ámbito de la inexistencia de aquello que se postula—, como para inscribirla en las más amplias categorías de

ilicitud de comportamiento; distorsión, oposición o ejercicio contrario a la finalidad económica o social de la ley o de una institución jurídica; ejercicio inconforme a la moral y buenas costumbres, etc. Y, con otro enfoque o proyección, para el examen y en su caso represión del acto abusivo, se presentan exigencias que van desde la necesidad de comprobar un comportamiento deliberadamente malicioso y torticero, hasta la simple constatación de negligencia por uso exagerado del Derecho más allá de lo normal, regular y requerido según las circunstancias, pasando por quienes consideran que el ejercicio del Derecho es abusivo si se actúa de manera innecesaria o sin interés legítimo suficiente y ello produce un daño a otro, aunque no sea querido. A la postre, todas las corrientes, con más o menos énfasis en requisitos, conducen a lo mismo: a censurar la actuación activa u omisiva más allá de lo ordinario y requerido para el caso, al grado que el ejercicio del Derecho ya no es un derecho legítimo porque no está justificado por un interés que el ordenamiento deba tutelar o que es incompatible con el derecho que se invoca. El instituto, así, viene a cubrir aquellos vacíos que a la justicia corresponde llenar en defecto de otra regla legal que permita hacerlo.

Naturalmente, es la diversidad de ordenamientos legales la que consiente que en cada tiempo y lugar el abuso del Derecho asuma diferentes notas, exigencias o perfiles. En el Perú, por ejemplo, su *corpus* civil contiene una regla específica (artículo II, Título Preliminar) que reprime el abuso de Derecho, pero también posee normas particulares para la buena fe, para el ejercicio razonable de los derechos de propiedad, posesión y afines, para condenar los actos contrarios al orden público y buenas costumbres, sobre el ejercicio regular de derechos en los comportamientos extracontractuales y sobre aplicación de principios generales del Derecho por defecto o deficiencia de la ley. Y en el ámbito procesal civil, el Código respectivo prohíbe las conductas temerarias o carentes de buena fe.

De esta manera, la recepción normativa del instituto de abuso del Derecho podría ser contestada como innecesaria en algunos ordenamientos,

en la medida que ya dispongan de herramientas igualmente eficientes para reprobar el uso exagerado o innecesario de un derecho subjetivo, de manera frívola o sin utilidad legítima para su titular.

Pero, con todo, el abuso del Derecho es una circunstancia que solamente se comprueba con la compulsa en el caso concreto. Más allá de elaboraciones doctrinarias o de enunciados normativos que reprimen el comportamiento por uso abusivo de un derecho en daño de un tercero (porque sin lesión no se advierte agravio ni necesidad de condena), su exacta comprobación requiere descender al supuesto fáctico, con el objeto de determinar si se está ante la necesidad de aplicación de este principio o si, más bien, corresponde la aplicación de otra regla específica y más idónea.

Así planteado el amplio espectro, corresponde a la discrecionalidad del examinador discernir en cada caso la posible existencia de comportamiento anormal y excesivo de un derecho existente y reconocido, aplicando distintos criterios que variarán en cada sistema legal y que enunciativamente son: el ejercicio innecesario de un derecho subjetivo causando daño sin interés legítimo o sin la finalidad de obtener un provecho justo o lícito, debiendo indagarse si ha existido intención maliciosa o simple negligencia, o si se puede prescindir de estas exigencias de imputabilidad; cuando en perjuicio de un interés ajeno se ejerce un derecho de manera excesiva, contrariando la función social o económica para la que ha sido concedido, auscultando la finalidad de la ley respectiva; cuando la conducta transgrede los límites impuestos por la racionalidad según el sentir de la apreciación general para una persona en las mismas circunstancias. En todo caso, debe haber una relación de causalidad suficiente entre el hecho y el resultado.

2. Abuso del Derecho y arbitraje

Como bien se entiende, la alegación de abuso del Derecho puede ser una de las cuestiones de fondo controvertidas en el arbitraje, de manera que acerca de ello no corresponde realizar apunte alguno.

Donde, en cambio, sí merece detenerse unas líneas son en cuatro aspectos, a los que me refiero por separado:

a) Abuso en el convenio arbitral. El posible abuso en este caso debe ser examinado sustancialmente desde una perspectiva contractual, para dilucidar si una parte ha estado en manifiesta situación de desventaja tanto respecto al pacto arbitral propiamente dicho como a su contenido. Puede ocurrir, por ejemplo, que se establezca un sistema inequitativo para la designación de los árbitros o restricciones para recusaciones, remisión a reglas o a instituciones arbitrales de difícil acceso, lugar o idioma del arbitraje, régimen de penalidades, etc. La casuística es inmensa y se impone examinar cada caso.

b) Abuso procedimental. Sin descartar el uso abusivo del derecho de acción (por ejemplo, repetición de demandas sustancialmente iguales), en estricto es discutible que puedan producirse situaciones abusivas que no estén vetadas por otros principios específicos que son normales en todos los ordenamientos procesales generales o arbitrales singularmente, como son el del derecho a un debido proceso en todas sus manifestaciones y tratamiento igualitario a las partes.

Desde otro punto de vista, el ejercicio abusivo y no justificado (*v.gr.* temeridad o malicia argumental, ocultamiento o manipulación de la prueba o injustificada negativa a su actuación) puede ser perfectamente reprimido y corregido por el tribunal arbitral (o con el auxilio judicial) para evitar situaciones desventajosas. Así, por ejemplo, cuando las reglas arbitrales a las que las partes se hubieran sometido establecieran un plazo para contestar la demanda que ostensiblemente resultara insuficiente para el caso concreto. La represión o supresión del abuso puede producirse declarando la ineficacia del acto procesal o imponiendo forzosamente la realización que se pretende impedir, aplicando multas o sanciones, condenando en costas, infiriendo consecuencias del acto obstructivo, etc.

c) *Abuso recursivo positivo y negativo*. Puede hablarse de él cuando una de las partes se comporta de manera obstructiva, bien sea con sobreabundancia o redundancia de sus solicitudes o presentaciones escritas, orales, requerimiento de actuaciones de medios probatorios inútiles, etc. Para estos casos, la habilidad de los árbitros permitirá frenar los excesos que pudieran presentar so pretexto del irrestricto ejercicio del derecho de defensa. La mayoría de los ordenamientos arbitrales y de las reglas de las más prestigiosas instituciones tienen disposiciones que facultan a los árbitros para impedir este tipo de conductas de uso abusivo de derechos procesales.

d) *Abuso del Derecho por los árbitros.* También para esta situación suelen tener previsiones los ordenamientos y reglas institucionales que hacen innecesario recurrir a la figura del abuso del Derecho, que es netamente de carácter residual y que está llamada a operar en ausencia de mandamientos más específicos e idóneos. Los árbitros están requeridos para comportarse de manera imparcial e independiente y, además, para hacerlo de manera pronta, diligente y cuidadosa, y así está contemplado en todas las normativas arbitrales.

(Autor: Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena. Catedrático. Socio de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados, Lima).

VOCABLOS CONEXOS: Buena fe. Mala fe. Convenio arbitral. Procedimiento arbitral. Independencia del árbitro. Imparcialidad del árbitro. Principios generales del Derecho.

Acción de nulidad

Si una parte no está satisfecha con un laudo arbitral, tiene, al menos, tres opciones. En primer lugar, puede apelarlo si la ley o reglamento aplicables al procedimiento arbitral lo permiten. Esta posibilidad es ciertamente inusual dado que la firmeza del laudo es una característica

esencial del arbitraje comercial. Como veremos, sin embargo, existe alguna excepción.

La segunda opción es ejercitar, ante los tribunales del país donde se ha dictado el laudo, una acción de nulidad de dicho laudo. Esta acción, que es la que definiremos ahora, es posible en, prácticamente, todas las jurisdicciones y está restringida a supuestos muy concretos.

La tercera opción es oponerse a la ejecución del laudo en el país donde éste pretenda ser ejecutado. Los motivos de oposición a la ejecución están regulados, para los países que los hayan firmado, por el Convenio de Nueva York de 1958 y el Convenio de Ginebra de 1961.

La mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales prevén la posibilidad de ejercitar una acción de nulidad contra el laudo arbitral. A diferencia de una apelación, en la que se revisa el fondo del asunto, una acción de nulidad sólo puede fundamentarse en supuestos tasados, ajenos al fondo del asunto y, especialmente, graves por constituir casos de corrupción en los árbitros, manifiesta ilegalidad en el procedimiento seguido o vulneración del derecho de defensa de alguna de las partes.

Los motivos de nulidad más comúnmente reconocidos en las diversas leyes nacionales son aquéllos que regula la Ley Modelo UNCITRAL:

i) Que alguna de las partes firmantes de la cláusula arbitral esté afectada por alguna incapacidad o que la cláusula arbitral no exista o no sea válida de conformidad con la ley a la que las partes la hubieran sometido o, en su defecto, con la ley del país en el que se haya dictado el laudo.

ii) Que alguna de las partes no haya sido notificada a tiempo del nombramiento de alguno de los árbitros o de la realización de cualquier otra actuación arbitral o que, de cualquier otro modo, no haya podido hacer valer sus derechos en el procedimiento arbitral.

iii) Que los árbitros hayan decidido en su laudo sobre cuestiones que las partes no pactaron someter a arbitraje. Debe indicarse, sin embargo, que una sentencia estimatoria de la acción de nulidad por este motivo no afectará a aquellas cuestiones que sí fueron sometidas a arbitraje.

iv) Que el tribunal arbitral no haya sido constituido del modo en que lo pactaron las partes, salvo que dicho modo de constitución del tribunal fuera contrario a alguna norma imperativa, o que, a falta de acuerdo entre las partes, en la constitución del tribunal arbitral no se hayan observado las formalidades legales.

Adicionalmente, la Ley Modelo UNCITRAL contempla otros dos supuestos:

i) Que, según la Ley del Estado donde se ha dictado el laudo, la controversia sobre la que han decidido los árbitros no sea susceptible de arbitraje, o

ii) Que el laudo sea contrario al orden público del país donde se hubiera dictado el laudo.

Alguna jurisdicción reconoce más motivos de nulidad. Es el caso de (i) la emisión del laudo una vez transcurrido el plazo pactado por las partes o establecido por la ley o reglamento aplicables (artículo 829 del Código de Procedimiento Civil italiano. En España, pese a no tener reconocimiento legal expreso —que sí tenía con la anterior Ley de Arbitraje de 1988—, la posibilidad de anular el laudo por haber sido emitido fuera de plazo ha sido reconocida por la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 22 de septiembre de 2009; JUR n.º 229/452838), (ii) de la existencia de pronunciamientos contradictorios en el laudo (por ejemplo, el artículo 1704.2 (j) del Código Judicial Belga), o (iii) de la controvertida «manifiesta inobservancia de la ley» (*manifest disregard of the law)* ampliamente reconocido en los Estados Unidos de América

para casos en que se haya producido una inaplicación evidente de la ley aplicable que ha provocado que la decisión contenida en el laudo sea distinta a la que se habría alcanzado con una correcta aplicación de la Ley (ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América dictadas en los casos *HALL STREET ASSOCIATES, L.L.C. vs. MATTEL, INC. (n.º 06-989)* y *Wilko vs. Swan, 346, US 427 436-437, 1953*).

La acción de nulidad, de conformidad con el artículo 34 de la Ley Modelo UNCITRAL, sólo podrá ser ejercitada dentro de los tres meses posteriores a la notificación del laudo. Este plazo es indicativo de la necesidad de que esta acción sea interpuesta rápidamente. El otorgamiento a las partes de un plazo de tiempo demasiado extenso para ejercitar la acción podría suponer un obstáculo a la seguridad jurídica y a la eficacia del arbitraje como medio alternativo de resolución de disputas. No obstante, existen plazos muy variados en las diversas leyes nacionales. A modo de ejemplo, puede indicarse que el artículo 70 (3) de la Ley Inglesa de Arbitraje establece un plazo de 28 días y que el Código de Procedimiento Civil francés establece un plazo de un mes en su artículo 1494. El artículo 41.4 de la Ley Española de Arbitraje establece un plazo máximo de 2 meses. La Ley China de Arbitraje, por último, otorga un plazo más largo: hasta seis meses.

Los supuestos que permitirían el éxito de la acción de nulidad, como hemos visto, son pocos y rara vez concurren, pero si la nulidad prospera, el laudo arbitral no podrá ser reconocido en ningún país firmante del Convenio de Nueva York de 1958 que, en su artículo V. 1 e), establece que la nulidad de un laudo en el país en que, o conforme a cuya ley, éste se dictó, es un motivo válido de oposición a la ejecución del laudo (ver también «Ejecución de laudo nulo»). Por otro lado, aunque la Ley Modelo UNCITRAL no ofrece una respuesta expresa acerca de si, tras la nulidad del laudo, la disputa puede volver a ser sometida a arbitraje; otras leyes nacionales sí se han pronunciado, tanto en el sentido de indicar que la disputa vuelva a ser sometida a

un tribunal arbitral, como en el contrario, esto es, que la jurisdicción exclusiva para conocer de la disputa es de los juzgados: el artículo 40 (4) del Concordato Suizo establece que, salvo acuerdo en contrario de las partes, el Juzgado que conozca de la acción de nulidad decidirá también sobre el fondo del asunto. En sentido parecido se pronuncia el Código de Proceso Civil italiano, cuyo artículo 830 (2) faculta a los tribunales a conocer del fondo del asunto. El artículo 1059 de la Ley Alemana de Arbitraje, por el contrario, prohíbe al Juzgado decidir sobre el fondo del asunto y exige que la disputa vuelva a ser sometida a arbitraje.

Debe indicarse, por último, que algunas jurisdicciones permiten excepcionalmente apelar laudos arbitrales ante los tribunales ordinarios. Es el caso de Inglaterra, que otorga a sus tribunales la facultad de revisar aquello que los árbitros han laudado, salvo acuerdo en contra de las partes (artículo 69 de la Ley Inglesa de Arbitraje). En el caso de Inglaterra, para que proceda la revisión en sede de apelación, debe haberse producido una manifiesta infracción del Derecho inglés, que haya afectado negativamente a alguna de las partes. El tribunal deberá siempre realizar un juicio sobre la pertinencia de su revisión y la ausencia de mala fe y ánimo dilatorio por parte de la parte apelante.

(Autor: Alfonso Maristany Pintó.
Abogado de Cuatrecasas Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Redfern, A., M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional.* Navarra: Thomson Aranzadi, 2006. Tawil, G.E. Zuleta, M. Virgós, F. Garcimartín. *Derecho Procesal Civil Internacional Litigación Internacional.* Madrid: Thomson-Cívitas, 2007. Lew J.D.M., L.A. Mistelis y S.M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. London: Kluwer, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Reconocimiento de laudo, Ejecución de laudo.

Acta de Misión

1. Origen y naturaleza

El Acta de Misión, término al que se hace referencia comúnmente en su traducción inglesa —*terms of reference*—, es un documento exigido en los procedimientos arbitrales auspiciados por la Cámara de Comercio Internacional (en adelante, «CCI»). El artículo 18 del Reglamento de Arbitraje de la CCI de 1998 establece la obligación del tribunal arbitral de elaborar un documento en el que queden fijados determinados extremos relativos al procedimiento arbitral en curso. Esta actividad se caracteriza por ser la primera que realiza el tribunal arbitral, una vez constituido, y tras la remisión del expediente por parte de la Secretaría de la Corte Arbitral a cada árbitro.

El acta de misión, como su nombre indica, contiene el encargo que las partes atribuyen al tribunal arbitral: el objeto de la controversia y, a menos que los árbitros no lo consideren necesario, los asuntos controvertidos sobre los cuales el tribunal arbitral tendrá que pronunciarse.

El requisito del acta de misión se incluyó en el ámbito de los arbitrajes CCI en el año 1923 con el primer conjunto normativo promulgado por la CCI bajo la denominación «formulario de envío de información» *(form of submission),* cuya elaboración se atribuía a la Secretaría. La razón de ser de la creación de dicha figura se debe a que en aquellos tiempos algunos Estados de tradición jurídica romano-germánica no otorgaban efecto vinculante a un acuerdo de sumisión a arbitraje suscrito entre dos partes con carácter previo a la existencia de una disputa. En dichos Estados era necesario requerir a las partes a que prestaran consentimiento expreso para someter la controversia a la decisión de un tribunal arbitral, una vez había aparecido dicha controversia. El acta de misión venía a recoger ese consentimiento, a fin de que la decisión del tribunal arbitral fuera válida y pudiera ejecutarse ante la jurisdicción ordinaria. Actualmente, sin embargo, el principio de autonomía de vo-

luntad en la formación de los contratos ha desvirtuado esta función del acta de misión, al reconocerse plena validez a las cláusulas arbitrales suscritas por las partes antes de materializarse la disputa.

En 1955 se modificó su denominación por la que actualmente conocemos (*terms of reference* o Acta de Misión), asignándose su elaboración al tribunal arbitral. Posteriormente y con el reglamento de 1998, tuvieron lugar varias modificaciones que han otorgado mayor discreción y flexibilidad a los árbitros en cuanto al contenido del acta de misión, y que son las que a continuación se analizan.

El acta de misión se emplea también en arbitrajes ajenos a la CCI. En otras instituciones arbitrales se viene empleando esta figura con asiduidad, e incluso en los arbitrajes *ad-hoc* tiene lugar la elaboración de un «acta de misión *ad-hoc*», en la que las partes y el tribunal fijan aquellos extremos que consideren relevantes para el procedimiento, sin límite ni restricción en cuanto a su contenido, por no tener que ceñirse a ningún reglamento que regule su contenido.

2. Contenido y elaboración del acta de misión

El artículo 18.1 del Reglamento CCI recoge un listado de extremos que el acta de misión ha de contener:

a) Nombre completo y calidad en que intervienen las partes;

b) Dirección de las partes donde se podrán efectuar válidamente las notificaciones o comunicaciones durante el arbitraje;

c) Una exposición sumaria de las pretensiones de las partes y de sus peticiones y, en la medida de lo posible, la indicación de cualesquiera sumas reclamadas por vía de demanda principal o reconvencional;

d) A menos que el tribunal arbitral lo considere inadecuado, una lista de los puntos litigiosos por resolver;

e) Nombres y apellidos completos, calidad y dirección de los árbitros;

f) Sede del arbitraje; y

g) Precisiones con relación a las normas aplicables al procedimiento y, si fuere el caso, la mención de los poderes conferidos al tribunal arbitral para actuar como amigable componedor o para decidir *ex aequo et bono*.

En el proceso de elaboración del acta de misión cobra especial relevancia la autonomía de la voluntad de las partes. Las partes, generalmente, se ponen de acuerdo, entre otros extremos, en los asuntos controvertidos, en el calendario del procedimiento y en la práctica de la prueba.

En cuanto al calendario del procedimiento, el artículo 18.4 del Reglamento CCI establece que el tribunal arbitral deberá fijar en un documento separado el calendario provisional por el que se regirá el procedimiento, comunicándolo a las partes y a la Corte Arbitral. Cualquier modificación que se realice al calendario debe ser comunicada tanto a las partes como a la Corte. Esta regla responde a que el acta de misión tiene consideración de contrato entre los árbitros designados y las partes, por lo que si el calendario fuera incluido en el acta de misión y se quisiera modificar posteriormente, se requeriría una enmienda.

Por lo general, el tribunal arbitral realiza un borrador de forma totalmente independiente y lo somete, posteriormente, a consideración de las partes. El acta de misión suele basarse en la demanda arbitral presentada ante la Corte Arbitral. Si ello no fuera suficiente, el tribunal podría solicitar a las partes que detallen por escrito sus respectivas posiciones en la disputa.

Una vez elaborada el acta de misión, el apartado 2 del artículo 18 del Reglamento de la CCI especifica que ha de ser firmado por las partes y por el tribunal arbitral en un plazo de dos meses a contar desde la fecha en la que se le haya entregado el expediente al tribunal arbitral. Este

último será quien esté obligado a remitir el acta de misión firmada a la Secretaría en dicho plazo, salvo que, por solicitud motivada por las partes o de oficio, el tribunal arbitral decida prorrogar dicho plazo. Cabe destacar que la firma del acta de misión no implica acuerdo o aceptación alguna de lo mencionado en la exposición sumaria o resumen de la posición de las partes. Así, si una de las partes rehúsa participar en la redacción o firmarla, el acta de misión deberá someterse a la Corte para su aprobación (artículo 18.3 del Reglamento de la CCI).

3. Funciones del acta de misión

A pesar de que el acta de misión ya no tenga el mismo objetivo que tuvo cuando se constituyó su figura en 1923, lo cierto es que se sigue empleando por las diversas ventajas que ofrece su utilización.

La más importante, sin duda, es plasmar en un acuerdo entre las partes todos aquellos extremos que sean importantes para el procedimiento arbitral, como la ley aplicable, la sede del arbitraje, el idioma del arbitraje, e incluso fijar algunos puntos relativos al fondo de la disputa. Su carácter vinculante puede cobrar especial relevancia en la fase de ejecución del laudo arbitral.

Además, el acta de misión tiene como función la de estructurar los escritos presentados por las partes, en línea con las reclamaciones y defensas alegadas ante el tribunal para la preparación del acta de misión. De ello deriva una doble acción delimitadora; por un lado, las partes han de ceñir sus escritos a la posición que defendieron en el momento de redactar o de firmar el acta de misión; y, por otro lado, el tribunal arbitral no podrá extralimitarse en su decisión, que, en principio, tendrá que versar sobre los puntos litigiosos y controvertidos que se hayan recogido en el acta de misión.

(Autora: Lucilla Talamazzi. Abogada asociada de la firma Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Lew, Julian D.M., Loukas A. Mistelis, Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration.* London: Kluwer Law International, 2003; Mills, Karen. *«Terms of reference».* ICC Conference Singapore, 2005, www.arbitralwomen.org.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo de arbitraje, Convenio arbitral, Corte de Arbitraje.

Actos *IURE IMPERII* (ver «Inmunidad del Estado» y «*IURE IMPERII*»)

Actos *IURE GESTIONIS* (ver «Inmunidad del Estado» y «*IURE GESTIONIS*»)

Acuerdo de arbitraje (ver «Convenio arbitral»)

Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRI)

El acrónimo APPRI, utilizado en España y en algunos países de Latinoamérica, hace referencia a los Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones. Este tipo de Acuerdo se conoce como TBI —Tratado Bilateral de Inversiones— en otros países latinoamericanos; BIT —*Bilateral Investment Treaty*— en los Estados Unidos de América; FIPA —*Foreign Investment Promotion and Protection Agreement*— en Canadá, e ISA —*Investitionsschutzabkommen*— en los países germanoparlantes.

Tradicionalmente, los inversores que deseaban implementar tácticas empresariales de internacionalización duradera, solían experimentar abundantes incertidumbres a la hora de llevar a la práctica dicha decisión. Ello era debido a que los países que ofrecían al inversor extran-

jero bajos costes de producción eran también Estados caracterizados por la inestabilidad política y por la inexistencia de un sistema jurídico consolidado, riesgos éstos difícilmente cuantificables, que en ocasiones paralizaban la inversión extranjera. Para poder superar estos escollos, a finales de la década de los cincuenta se empezaron a celebrar APPRIs. Estos APPRIs son tratados bilaterales cuyo objetivo primordial es proteger las inversiones realizadas por los inversores de un Estado Parte en el territorio del otro Estado Parte y de esta forma incrementar la inversión extranjera directa (IED) entre los Estados firmantes. El primer texto en esta materia data de 1959 y se firmó entre Alemania y Pakistán. A partir de ese momento, el recurso a los APPRIs se ha generalizado, hasta el punto de que, actualmente, hay en vigor más de 2600 APPRIs y adicionalmente, diversos Tratados de Libre Comercio que incluyen también un capítulo de inversión semejante a los APPRIs. Atendiendo al núcleo común de estos textos, todos coinciden en presentar una serie de preceptos que aminoran las inseguridades del empresario extranjero, garantizándole, si invierte en el otro Estado, una serie de derechos sustantivos (trato nacional, trato justo y equitativo, trato de nación más favorecida y unas garantías en caso de producirse una expropiación) así como el recurso a mecanismos —como el arbitraje internacional— para resolver las controversias que puedan derivarse de la inversión. Adicionalmente, los APPRIs suelen presentar un preámbulo y preceptos dedicados, respectivamente, a definir términos clave, establecer requisitos pre —y/o post— establecimiento, regular la compensación por pérdidas debidas a guerra o a otros conflictos, garantizar la libre transferencia de pagos, abordar la cuestión de la subrogación y precisar la entrada en vigor, duración y terminación del APPRI.

(Autora: Katia Fach Gómez. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza, LL.M.).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Cremades, B. y D.J.A. Cairns. «La seguridad jurídica de las inversiones extranjeras: la protección contractual y de los tratados». *Revista Internacional de Arbitraje*, 2004, afl. 1, pp. 65-103. Dreyzin de Klor, A. *Inversiones extranjeras*. Buenos Aires: Zavalia, 2005. Iruretagoiena Agirreza-

BALAGA, I. «Promoción y protección de las inversiones españolas en el extranjero: Los APPRI». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*. Madrid, 2002, pp. 151-182. CHECA MARTÍNEZ, M. «Régimen de transacciones exteriores e inversiones extranjeras en España». En *AA.VV. Garantías mobiliarias: in memoriam Inocencio García Velasco*, 2007. DUTREY GUANTES, Y. «La regulación jurídica de las inversiones internacionales: aspectos controvertidos». *Revista de Derecho Mercantil*, 2008, vol. 268, pp. 657-677. DOLZER, R. y C. SCHREUER. *Principles of International Investment Law.* Oxford: *Foundations of Public International Law,* 2008. MCLACHLAN, C., L. SHORE y M. WEINIGER. *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford: Oxford International Arbitration, 2008. MUCHLINSKI, P. y C. SCHREUER. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008. REINISCH, A. y C. KNAHR. *International Investment Law in Context*, Utrecht, 2008. BISHOP, R.D. y J. CRAWFORD. *Foreign Investment Disputes.* London: Kluwer Law, 2005. ISA Alemania-Pakistán, http://www.auswaertiges-amt.de/diplo/de/Aussenpolitik/Weltwirtschaft/Aktuelles/100728-IFV,navCtx=22066.html; *Investment Instruments online*, http://www.unctadxi.org/templates/docsearch.aspx?id=779.

VOCABLOS CONEXOS: Derecho aplicable al arbitraje de inversiones.

Acumulación de pretensiones

La acumulación de acciones o de pretensiones es la institución jurídica que permite que un único órgano, ya sea arbitral o judicial, conozca de distintas pretensiones entre las que existe algún elemento de conexión en un mismo procedimiento y que dicho órgano resuelva en una única sentencia judicial o laudo arbitral, dependiendo de la sede ante la que nos encontremos.

En el arbitraje, la acumulación de pretensiones en un mismo procedimiento es posible tanto (i) al inicio del proceso, cuando en la demanda arbitral (o en la contestación a la misma) el demandante o el demandado interponen varias pretensiones con una conexión entre ellas, en tanto y en cuanto pertenecen a una misma relación jurídica que se contempla en el convenio arbitral, como (ii) una vez pendiente el mismo, en caso de que las partes decidan completar el contenido del convenio arbitral —recordamos que en el arbitraje rige en todo caso la autonomía

de la voluntad de las partes—. Por tanto, la acumulación de pretensiones arbitrales consiste básicamente en reunir dentro de una demanda arbitral y contra un mismo demandado una pluralidad de pretensiones que han de tratarse en un único procedimiento.

El objeto de la acumulación reside en que un único laudo se pronuncie sobre todas las pretensiones del proceso arbitral por razones de economía procesal, pues resultaría antieconómico que un demandante que decida plantear diversas pretensiones contra una misma persona hubiera de interponer tantas demandas cuantas pretensiones desee plantear —lo que conllevaría un aumento de gastos y de tiempo invertido considerable—, así como para evitar laudos con pronunciamientos contradictorios. En nuestra opinión, no debe prohibirse la acumulación de pretensiones arbitrales en el supuesto en el que todas las partes del proceso estuvieran de acuerdo y así lo plasmaran en el convenio arbitral. Sin embargo, no será posible esta acumulación si las partes pactaron previamente que, una vez presentada la demanda, su objeto no podrá sufrir alteraciones.

A los efectos de establecer si nos encontramos o no ante una acumulación de pretensiones, debemos analizar lo que se solicita o se pide en la demanda y verificar si en ella se contienen o no una pluralidad de peticiones, independientemente de que éstas se fundamenten en diversos hechos, resultando determinante que el *petitum* de la misma prevea dos o más peticiones, siendo imprescindible que se respete que la materia objeto de la acumulación sea arbitrable y, por supuesto, se refiera o se encuentre estrechamente ligada a la relación jurídica contenida en el convenio arbitral. Además, debe existir una compatibilidad entre las diferentes pretensiones, es decir, no resultará procedente la acumulación cuando las peticiones sean inconciliables entre sí, al excluirse mutuamente, o ser contrarias entre ellas, de tal manera que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra u otras. En todo caso, debe existir una identidad entre las partes, es decir, demandante y demandado deben ser los mismos en las distintas pretensiones. El control de la acumulación de pretensiones arbitrales corresponde al árbitro o tribunal arbitral, quien no debe excederse de sus competencias en aras a

evitar la posible anulación parcial del laudo que posteriormente se dicte; lo que ocurriría cuando se pronunciase sobre materias no susceptibles de arbitraje y acumuladas a otras que sí lo son.

La acumulación de pretensiones puede ser simple, alternativa o eventual. Es simple cuando en un mismo *petitum* se deduzcan distintas peticiones estrechamente ligadas entre sí —acumulación más común en la práctica—. Es alternativa, como su propio nombre indica, cuando se pretenda exigir el cumplimiento de obligaciones alternativas y por último, la acumulación es eventual cuando el demandante interponga una pretensión principal y, en el supuesto en el que ésta se rechace por improcedente o infundada, plantee otra pretensión subsidiaria.

Cuestión distinta, pero que podemos cuestionarnos, será si resulta posible la acumulación de diferentes procesos arbitrales; nos referimos al supuesto en el que existen dos o más procesos arbitrales que han nacido de manera independiente, cada uno con su procedimiento respectivo y se pretenden reunir en un procedimiento único para que se resuelvan en un mismo laudo. Si bien existe una indudable relación entre la acumulación de acciones y la acumulación de procesos, pues pertenecen al mismo género («de las acumulaciones») y ambas suponen un aumento en el objeto del proceso, debemos pronunciarnos con mayor cautela en el segundo supuesto que, aunque aconsejable, resulta más difícil de aceptar, al no haber sido contemplada esta opción en la mayoría de leyes arbitrales —entre las que incluimos la ley arbitral española—. Estamos ante al supuesto en el que se acumulan distintos procesos con dos o más pretensiones, y no ante el planteamiento de una misma pretensión ante dos órganos arbitrales diferentes, en cuyo caso no existe acumulación sino que lo que se debe alegar será la excepción de litispendencia.

Para aceptar este tipo de acumulación en sede judicial resulta imprescindible que concurra el requisito de la conexión, en virtud del cual, la sentencia que se dicte en el primero de los procesos, bien pueda producir efectos perjudiciales en los otros procesos, o bien, atendidos los

objetos de los procesos, pudieran dictarse sentencias contradictorias incompatibles o mutuamente excluyentes si se pronunciasen en procesos distintos. Sin embargo, en el arbitraje, en donde reina la autonomía de la voluntad de las partes, la exigencia básica para que se puedan acumular dos procesos arbitrales será que las partes de ambos procesos se pongan de acuerdo en proceder a ello y así lo plasmen en un convenio. Serán, por tanto, las partes, quienes decidan qué árbitro o tribunal arbitral va a conocer de la acumulación de procesos, y si éstas no se pronuncian al respecto, lo más común y aplicando analógicamente lo que sucede generalmente en sede judicial, será que lo haga el tribunal arbitral que conozca del proceso más antiguo al que se acumularán los más modernos, antigüedad que se determina por la fecha de la presentación de la demanda. Una vez que haya sido acordada la acumulación, se suspenderá el curso del proceso más avanzado hasta que el otro llegue al mismo estado procesal. También puede ocurrir la acumulación de procesos pendientes ante un mismo árbitro. En el arbitraje institucional, el mecanismo de la acumulación de procesos debe estar también autorizado por la Corte Arbitral, habitualmente de acuerdo a lo previsto en el Reglamento.

En definitiva, a pesar de resultar complicado y tratarse de un supuesto teórico que difícilmente se llevará a la práctica, no podemos negar *a priori* esta posibilidad, sino que habrá que estar al caso en concreto, atendiendo en todo momento a la voluntad de las partes, a lo dispuesto en el convenio arbitral y a los requisitos exigidos para que la acumulación pueda llevarse a cabo y, si las partes así lo convienen, consideramos que deberá permitirse dicha acumulación. Desde luego, la acumulación de procesos no podrá acordarse *ex officio*.

(Autora: Ana Montesinos García. Profesora Contratada Ramón y Cajal, de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Ramos Méndez, F. *Arbitraje y litigios transfronterizos en un foro global*. Barcelona: Atelier, 2005. Armenta Deu, T. *La acumulación de Autos*. Madrid: Montecorvo, 1997; Pérez Cebadera, M.ª A. «La admisión

y acumulación de acciones en el proceso civil». *Práctica de Tribunales*, junio 2010, año VII, n.º 72, pp. 5-16; Gimeno Sendra, V. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. Madrid: Iustel, 2007.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitrabilidad. Control judicial del arbitraje. Convenio arbitral. Laudo arbitral. Litispendencia arbitral. Objeto. Procedimiento arbitral. Reconvención. Tribunal arbitral.

Agencia Multilateral de Garantías para las Inversiones

1. Introducción

Esta organización internacional, que forma parte del Grupo del Banco Mundial (*World Bank Group)*, tiene como misión promover la inversión directa en el extranjero (*Foreign Direct Investment,* FDI), en países en vías de desarrollo, a través del apoyo económico, la reducción de la pobreza y la mejora en el nivel de vida de las personas.

Para solucionar los problemas que pueden surgir en el marco de las inversiones, el MIGA ha establecido un sistema para resolver los litigios potenciales entre las partes, todo ello para crear mayor seguridad en las inversiones y en la confianza de los inversores e incentivar el flujo de inversiones directas en el extranjero.

Para prevenir posibles reclamaciones, el MIGA cuenta con servicios de mediación gratuitos para todos sus clientes que han tenido al día de hoy muy buen resultado, logrando la resolución amigable de los conflictos planteados.

Además de la búsqueda de la seguridad en los proyectos garantizados por el MIGA, también se ocupa de mejorar el flujo de las inversiones, resolviendo los obstáculos que se crean entre los inversores y los países que reciben las inversiones.

2. Materias en las que interviene el MIGA

a) Lucha contra la corrupción

El Grupo del Banco Mundial ha identificado la corrupción como uno de los mayores obstáculos al desarrollo económico y social, ya que debilita las bases institucionales de las que depende el crecimiento económico. Los efectos perjudiciales de la corrupción son especialmente graves para los países pobres, ya que los costes adicionales asociados con el soborno, el fraude y la malversación de los privilegios económicos influyen en el declive económico de estos países.

Esto puede implicar:

- Controles de las partes involucradas.

- La evaluación de la actuación del cliente para hacer frente al fraude y la corrupción, y

- Una revisión de los acuerdos contractuales subyacentes.

Así, por ejemplo, si hay acusaciones de fraude, corrupción o mala conducta, relacionada con prácticas colusorias y obstructivas, o por la falta de transparencia, está prevista la posibilidad de llevar a cabo una revisión por parte de la Agencia, que incorpora la revisión de la documentación legal que rija sus garantías de inversión. Asimismo, puede dar lugar a cancelar o excluir la cobertura de garantía.

b) Infraestructura

El desarrollo de la infraestructura de los países en vías de desarrollo es una prioridad importante para el MIGA para hacer frente al rápido crecimiento de los centros urbanos y la población rural en los países en desarrollo.

De un máximo de US$114 millones en 1997, la inversión en infraestructura en estos países con participación privada tocó fondo en la década del 2000, alcanzando sólo US$57 mil millones en el 2003. Los países en vías de desarrollo se enfrentan a un reto importante en la atracción de más inversión privada en todos los subsectores de las infraestructuras para cubrir el déficit enorme que los gobiernos solos no pueden afrontar.

c) Petróleo, Gas, Minería y Productos Químicos

La amplia experiencia del MIGA en el petróleo, el gas y la minería han llevado al desarrollo de las garantías, especialmente diseñado para combatir las preocupaciones que la explotación de estos productos genera en los países en vías de desarrollo. Las actuaciones de esta institución incluyen la revocación de contratos de arrendamiento o concesiones, tarifas, regulación, y los riesgos de crédito derivados de incumplimientos por parte de los gobiernos, así como las controversias relacionadas con los acuerdos de despegue, reparto de la producción, la explotación y los derechos de perforación.

La Agencia se ocupa de seleccionar las ofertas que cumplan los más altos estándares de transparencia, de respeto del medio ambiente y la sostenibilidad del desarrollo.

d) Sector Financiero

La falta de financiamiento local a largo plazo ha sido siempre un obstáculo importante para el crecimiento en los países en desarrollo. Normalmente, los bancos tienen acceso a la financiación a corto plazo a través de los depósitos locales, pero los fondos a largo plazo tienden a ser escasos, estando los bancos internacionales poco interesados en asumir riesgos a más largo plazo debido a la inestabilidad inherente a las economías emergentes.

Para ello, el MIGA ha creado un seguro contra riesgos políticos que ayuda a mitigar los riesgos asociados con la inversión en el sector financiero en los países en desarrollo, así como a impulsar a los bancos para expandir sus operaciones.

El MIGA también ayuda a los bancos que se aventuran por primera vez en los mercados emergentes, proporcionando garantías de riesgo político para las operaciones de nuevas instalaciones o adquisiciones que acompañan a una expansión.

3. La resolución de conflictos en el MIGA

Para hacer frente a los problemas que genera el desarrollo de la actividad llevada a cabo por esta Agencia, existen dos grandes vías de actuación en la resolución de conflictos:

a) Conflictos por la implantación en un Estado extranjero

En estos casos se intenta ayudar a los inversores en la implementación del proyecto, siendo los supuestos más frecuentes de resolución de conflictos los que hacen referencia a la ruptura de contratos entre el inversor y el gobierno, debido a procedimientos de expropiación, concesión o incumplimiento de las normas contractuales vigentes en el país en el que se ha realizado la inversión.

Para solucionar estos desacuerdos, el MIGA utiliza los «buenos oficios» para examinar los problemas de responsabilidad y ayudar así a las partes a buscar medidas de compensación o de indemnización que sean equitativas para ambas.

En el caso de que las partes no estén de acuerdo con la solución, el MIGA se compromete a analizar los hechos y a hacer una propuesta formal, de tal manera que si el inversor tiene la razón, el MIGA pagará

la compensación, dado que el inversor está cubierto por la garantía de esta Agencia.

Por otro lado, el MIGA puede recuperar estos pagos en base al acuerdo existente entre el Estado en el que se ha hecho la inversión y la propia organización.

Para mitigar los riesgos de pérdidas para los casos de inversiones conflictivas, el MIGA considera necesario que los inversores notifiquen con la suficiente anterioridad las dificultades y los problemas que han detectado, para que así el MIGA pueda actuar lo antes posible.

b) La mediación como instrumento de resolución de conflictos

Para facilitar la solución de conflictos entre los inversores y los Estados soberanos, desde 1996, el MIGA ofrece servicios de mediación, ya que el conocimiento de la existencia de incumplimiento en las inversiones llevaría a desmotivar a los inversores en la utilización de las mismas.

Es por ello que el MIGA tiene un especial interés en llegar a soluciones en este ámbito que incentiven la inversión, considerando la mediación como el método más acertado para llegar a una buena solución.

Este método es considerado atractivo por su bajo costo y su alejamiento de las reglas que rodean al arbitraje o a otras formas de arreglo judicial.

Independientemente de quién sea el demandante, el MIGA analiza los casos para valorar la importancia del litigio, así como considera el riesgo que tiene un determinado país para hacer frente a una inversión de este tipo.

(Autora: Carmen Parra. Profesora de Derecho Internacional/U. Abat Oliba de Barcelona).

Alegaciones

Las alegaciones (o *memorials*) son los escritos en los cuales las partes del procedimiento arbitral exponen las razones que sirven de fundamento a sus pretensiones.

Dentro del plazo convenido por las partes, establecido por el tribunal arbitral o indicado en los reglamentos, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda. Por otro lado, el demandado deberá responder a las alegaciones presentadas por el demandante a través de su escrito de contestación. Una vez constituido el tribunal arbitral (o incluso sin que necesariamente éste resulte previamente constituido), el demandante comunica el escrito de demanda al demandado y a cada uno de los árbitros. En el arbitraje administrado, dicha demanda deberá presentarse ante el órgano que actúa en calidad de Secretaría, o según lo que disponga el reglamento de la institución. En caso de silencio sobre este punto, se entenderá presentado ante el árbitro/árbitros nombrados. El escrito de demanda va acompañado por una copia del acuerdo arbitral y contiene los siguientes datos: *a)* El nombre y dirección de las partes *b)* relación de los hechos en que se base la demanda *c)* los puntos del litigio *d)* la materia u objeto que se demanda. El demandante podrá acompañar a su escrito de demanda todos los documentos que considere pertinentes y oportunos. En este sentido, el Reglamento de la CCI impone a las partes acompañar, ya en los primeros escritos, los documentos en apoyo de las pretensiones de fondo; otros reglamentos permiten únicamente enunciar las pretensiones. El escrito de demanda está caracterizado por una ausencia de formalismo y, por regla general, no tiene carácter preclusivo. En cualquier momento del procedimiento las partes pueden ampliar, rectificar o modificar la demanda, siempre que se haya pedido el permiso a los árbitros y se asegure el respeto del principio contradictorio.

Una vez iniciado de esta forma el procedimiento, se da traslado a la parte demandada para que pueda formular su contestación, que de-

berá versar sobre los términos planteados en la demanda. En el escrito de contestación, el demandado suele contestar a los siguientes puntos incluidos en el escrito de demanda: la relación de los hechos en que se base la demanda, los puntos del litigio y la materia u objeto que se demanda. En el escrito de contestación, el demandado puede formular una reconvención. En el arbitraje CCI las demandas reconvencionales no pueden formularse en cualquier estado del procedimiento, sino que sólo pueden plantearse de forma simultánea a la contestación a la demanda principal, aunque en la práctica se suelen introducir demandas complementarias o reconvencionales hasta el momento de la firma del acta de misión.

En aplicación del principio de autonomía, las partes pueden definir libremente el contenido y los elementos de las alegaciones. Asimismo, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación siempre y cuando se respeten los requisitos fundamentales de justicia procesal. En general, las enmiendas o modificaciones de la demanda inicial aparecen limitadas, siendo aplicable, en todo caso, lo que decidan al respecto las partes en el convenio o se disponga en el Reglamento.

En el marco de la comunicación de escritos entre las partes y los árbitros, de acuerdo con las notas de la CNUDMI/UNCITRAL sobre la organización del proceso arbitral, es aconsejable que el tribunal arbitral fije plazos para la presentación de escritos, para evitar que el proceso se prolongue indebidamente y, por otro lado, se reserve una cierta discrecionalidad, a fin de poder permitir la presentación de escritos fuera de plazo, si las circunstancias lo piden.

(Autor: Ricardo Ciullo. Universidad Federico II de Nápoles).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Merino Merchán, J. y J. Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, pp. 1573-1578.

VOCABLOS CONEXOS: Acta de misión. Demanda arbitral.

Allanamiento

Una de las posibles actitudes que puede adoptar el demandado en un proceso arbitral es la de allanarse. El allanamiento consiste en la situación procesal que se produce cuando el demandado (o, en su caso, el actor reconvenido), muestra su conformidad, en su totalidad o en parte, con la pretensión interpuesta por el demandante; dicha actuación la puede realizar tanto al inicio de las actuaciones, en su contestación a la demanda arbitral, como en cualquier otro momento posterior del proceso antes de la emisión del laudo.

Nos encontramos, al igual que en un proceso judicial, ante un acto unilateral procesal exclusivo del demandado, en el que manifiesta su voluntad de no oponerse a la pretensión del actor o de abandonar la oposición ya interpuesta, conformándose con la misma, lo que provoca la terminación del proceso con un laudo no contradictorio de fondo en el que se le condenará con todos los efectos de la cosa juzgada. Se trata, por tanto, de un acto único y dispositivo del demandado, que generalmente se exige que sea expreso, pudiéndose llevar a cabo, tanto de manera oral como escrita, viniendo únicamente limitado por razones de orden público y que vincula al árbitro a dictar una sentencia estimatoria de la pretensión. Este acto deriva del poder de disposición del demandado sobre el derecho subjetivo material; poder que también ostenta el demandante, y que podrá reflejarse en un acto similar al allanamiento, pero que cuando quien lo realiza es este último, se manifiesta a través de la renuncia.

En este sentido, el allanamiento, como manifestación del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso, tiene ciertas similitudes con otras figuras afines. Fundamentalmente, no debe confundirse con la «admisión de los hechos», que se refiere únicamente a los hechos y no al conjunto de la pretensión, siendo el allanamiento un acto exclusivo del demandado, mientras que la admisión de los hechos puede llevarse a cabo, tanto por el demandante como por el demandado, sin condicionar —a diferencia del allanamiento— el contenido del laudo, sino que simplemente delimita en sentido negativo los hechos que no

son controvertidos. La única consecuencia de la admisión de hechos alegados por el demandado, aunque se refiera a todos los hechos alegados por el actor, será la de hacer innecesaria la prueba de esos hechos, pero no conduce necesariamente a una sentencia estimatoria.

La gran mayoría de leyes arbitrales no regulan expresamente el allanamiento, lo que no significa que esta actitud del demandado no sea posible. Entre otras, la Ley Arbitral Española se refiere al mismo de una manera indirecta, al indicar en su artículo 31 b) que cuando el demandado no presente su contestación en plazo, dicha omisión no debe considerarse como allanamiento.

El allanamiento puede ser total o parcial. Será total cuando el demandado se allane o reconozca todas las pretensiones del actor y manifieste su disposición a cumplir voluntariamente con todas ellas, mientras que será parcial cuando, ejercitadas por el actor una pluralidad de pretensiones, el demandado únicamente muestre su aquiescencia respecto de una o de algunas de ellas o incluso en el supuesto de encontrarnos ante una única pretensión, el demandado se allane a una parte y no a la totalidad de la misma. De este modo, el árbitro únicamente dictará un laudo que será favorable al demandante, poniendo fin al arbitraje si se trata de un allanamiento total, mientras que dictará un laudo parcial en el mismo sentido cuando el allanamiento sea parcial, supuesto en el que seguirá conociendo del resto de pretensiones.

En definitiva, la finalización anormal del proceso sólo se producirá cuando nos encontremos ante un allanamiento total, cuyo efecto principal es la terminación del proceso arbitral de conformidad con las pretensiones de la parte actora, pero además, también se determinará el contenido del laudo, que debe condenar al demandado de acuerdo a lo solicitado por el demandante, o dicho de otro modo, el árbitro que dicte el laudo lo hará conforme a aquello que el actor pidió en su demanda y a lo que se allana el demandado (salvo en los supuestos en los que el allanamiento contraríe el interés o el orden público o resulte perjudicial

para un tercero, caso en el que el árbitro debe rechazarlo y continuar el proceso). Consecuentemente, esta conformidad con la pretensión del actor exime de cualquier actividad probatoria al demandante y, como ya hemos mencionado, de acuerdo con el principio de congruencia, vincula la actividad decisoria del tribunal arbitral en el sentido de otorgar, ante la falta de resistencia del demandado, lo solicitado por el actor. En todo caso, desde un punto de vista subjetivo y en el supuesto de existir una pluralidad de partes, el allanamiento únicamente afectará a las partes principales que lo realizaron, sin extenderse a las demás partes que no procedieron en tal sentido.

En lo que al allanamiento parcial se refiere, debemos tener en cuenta que el árbitro, cuando dicte un laudo parcial acogiendo las pretensiones que han sido objeto de allanamiento, debe respetar la naturaleza de las mismas, en tanto y en cuanto ha de ser viable un pronunciamiento separado que no implique prejuzgar las demás cuestiones de las que no se ha allanado y respecto de las cuales el proceso arbitral debe continuar.

(Autora: Ana Montesinos García. Profesora Contratada Ramón y Cajal, de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Barona Vilar, Silvia. *Derecho Jurisdiccional II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 380-383. Doig Díaz, Y. *La terminación del proceso por satisfacción extraprocesal*. Madrid: La Ley, 2008. Silvosa Tallón, José Manuel. «El allanamiento en la Ley de Enjuiciamiento Civil». *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, 2008, n.º 22.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Alegaciones. Contestación. Cosa juzgada. Demanda. Laudo. Laudo parcial. Reconvención.

American Arbitration Association (AAA)

American Arbitration Association es una institución privada, sin ánimo de lucro, que fue fundada en 1926 con la finalidad de estudiar, promocionar y organizar la resolución privada de disputas, a través de la

mediación, el arbitraje y otros procedimientos de solución extrajudicial de diferencias.

En la actualidad, la AAA ocupa un *lugar destacado* en el ámbito de servicios alternativos de solución de disputas (*Alternative Dispute Resolution, ADR*) y, cada año, administra aproximadamente 150,000 casos. Asimismo, la AAA, con sede en Nueva York, tiene más de 60 acuerdos de cooperación con 43 Estados y un panel de aproximadamente 8,000 árbitros y mediadores.

La AAA tiene como *misión* el desarrollo y la extensión a nivel global de métodos de resolución privada de controversias, que destaquen tanto por su carácter rápido, como efectivo y económico. A dicho fin, la AAA proporciona profesionales imparciales (*neutrals*), una administración impecable de los casos, personal entregado, educación avanzada y formación, con el objeto de satisfacer las necesidades del público, tanto presentes como futuras.

Los *servicios* proporcionados por la AAA son los siguientes: arbitraje (AAA *Arbitration*), educación (AAA *Education Services*), elecciones (AAA *Election Services*), búsqueda independiente de hechos (AAA *Independent Fact-Finding*), mediación y arbitraje (AAA Med-Arb.), mediación (AAA *Mediation*), negociación y facilitación de reuniones (AAA *Negotiation and Meeting Facilitation*), alianzas (AAA *Partnering*), publicaciones (AAA *Publications*) y servicios online (ADRWorld.com).

En concreto, el rol de la AAA en el procedimiento de resolución de disputas es la administración y gestión de los casos, desde su inicio hasta su finalización. La AAA proporciona sus servicios dentro del territorio estadounidense y a nivel internacional, a través del Centro Internacional para la Resolución de Disputas (*International Centre for Dispute Resolution, ICDR*). Los servicios administrativos de la AAA y el ICDR incluyen la asistencia en el nombramiento de los árbitros y mediadores, la organización de las audiencias y la información específica acerca de los diversos métodos de resolución.

Asimismo, los servicios de la AAA incluyen el diseño y desarrollo de sistemas de medios alternativos de disputas para corporaciones, agencias gubernamentales, despachos de abogados y tribunales. La AAA también proporciona servicios relativos a la administración de elecciones, así como servicios educativos, formativos (ofrece programas de formación para las personas implicadas en la solución de controversias, en tanto que terceros neutrales o consejeros de las partes) y publicaciones (*Dispute Resolution Journal* y el *ADR Currents*).

En cuanto a la *organización* de la AAA, ésta se ha orientado en función de las necesidades de sus clientes. De este modo, se han creado cinco divisiones: *Commercial*; *Construction*; *International*; *Labor/Employment/ Elections*; and *State Insurance ADR disciplines*. Cada división agrupa el conocimiento específico en su sector, de modo que cada cliente pueda acceder a la información precisa acorde a su ámbito de actividad.

La *división internacional de la AAA, ICDR*, fue creada en 1996 con el objeto de proporcionar los mismos servicios alternativos de solución de disputas, hasta entonces sólo ofrecidos en los Estados Unidos de América, a nivel global. El ICDR ha establecido acuerdos de cooperación con 62 instituciones arbitrales en 43 Estados distintos, lo que ha permitido un incremento muy relevante de la celebración de arbitrajes en el contexto internacional. Asimismo, el Centro cuenta con una lista de 400 árbitros independientes y mediadores en la resolución de conflictos y tiene sucursales en Irlanda, México, Singapur y Bahrein. Brevemente, se debe reseñar la existencia del *Code of Ethics for Arbitrators in Commercial Disputes*, en vigor desde el 1 de marzo de 2004, adoptado por la AAA y la *American Bar Association*.

Además, el ICDR ofrece a sus clientes la posibilidad de someter sus controversias a una determinada regulación, el *Reglamento de Arbitraje Internacional* (*ICDR's International Arbitration Rules*), basado en la Ley Modelo de la CNUDMI y en vigor desde el 1 de enero de 2009, a través del cual las partes pueden elegir la sede del arbitraje, así como

disponer de un sistema de elección de los árbitros, con la cualificación específica requerida para la resolución de la controversia. En todo caso, se debe recalcar que el ICDR administra el arbitraje, pero no desempeña la función de árbitro. Las partes pueden designar al árbitro o árbitros mediante acuerdo. En defecto de acuerdo de las partes al respecto, el ICDR realizará, tras serle requerido por cualquiera de las partes, la designación. También, en defecto de acuerdo sobre el número de árbitros, el ICDR nombrará un árbitro único, a menos que decida que es necesario un tribunal arbitral compuesto por tres árbitros, ya sea por la magnitud o complejidad u otras circunstancias específicas del caso (artículo 6 del Reglamento). En el supuesto de ausencia de elección de las reglas arbitrales, el caso se regirá por el Reglamento citado. Conforme a estas reglas, se determinará la ley sustantiva aplicable o las normas de derecho designadas por las partes. Si las partes no han realizado tal designación, el Reglamento establece que los árbitros aplicarán el derecho que determinen apropiado a las circunstancias del caso (artículo 28). Como último apunte respecto al Reglamento estudiado, debe resaltarse que si las partes no han decidido sobre el idioma del arbitraje, el Reglamento prevé que éste será el empleado en el documento que contiene el acuerdo arbitral (artículo 14). No obstante, los árbitros pueden decidir el empleo de otro idioma atendiendo a las pretensiones de las partes y a las circunstancias del caso.

De otro lado, con el objetivo de acelerar los procedimientos y facilitar la comunicación a nivel global, el ICDR administra los casos internacionales a través de un departamento central, con sede en Nueva York, el *AAA/ICDR Case Filing Services*, desde el cual se adoptan todas las decisiones necesarias para la gestión de cada caso con mayor eficiencia. Precisamente, en aras de la consecución de este objetivo de mayor eficiencia, a partir del 1 de julio de 2010, la AAA ha decidido retener una porción de la tarifa administrativa si una parte realiza una solicitud de arbitraje incompleta o no cumple los requisitos contenidos en el Reglamento, y si los errores percibidos no pueden ser corregidos dentro de un período razonable de tiempo.

Asimismo, se debe reseñar que, además de administrar los arbitrajes conforme a sus propias reglas, la AAA también administra arbitrajes que se rigen bajo las reglas de la *Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial («IACAC»),* así como proporciona servicios respecto a arbitrajes que se rigen por las reglas de *Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL),* tanto si estos arbitrajes tienen lugar en los Estados Unidos de América como a nivel internacional.

A continuación, se sintetizan brevemente las diversas *fases del procedimiento* arbitral del AAA. Primero, la administración de AAA comienza generalmente con la solicitud de arbitraje del Demandante mediante la aportación del Escrito de Demanda, una copia del acuerdo de arbitraje y el pago de la correspondiente tasa. A continuación, la AAA lleva a cabo la notificación al Demandante, fijando un plazo para la contestación/reconvención. Tras la contestación del Demandado, se lleva a cabo la designación del (de los) árbitro(s) a partir de la lista de la AAA. Una vez alcanzado un acuerdo al respecto, se celebra una audiencia preliminar, que constituye la primera oportunidad para que las partes y el árbitro discutan directamente las cuestiones de fondo del caso, así como las cuestiones procesales relativas al intercambio de información, lista de testigos… etcétera. Tras una fase de intercambio de información y preparación, se celebra la audiencia, en la que las partes llevan a cabo la presentación ante el árbitro de sus argumentos y pruebas, respectivamente. Tras la audiencia, las partes tienen la oportunidad de aportar documentación adicional, si el árbitro así lo decide. Finalmente, el árbitro emite el laudo final, donde decide acerca de la resolución del conflicto de forma razonada y motivada.

En último término, se debe reseñar la actividad desarrollada por la AAA en el ámbito de la *educación*, debiéndose destacar la *AAA University*, que ofrece múltiples cursos educativos, tanto para árbitros como abogados, a nivel regional e internacional, así como a través de Internet. Los programas ofrecidos abarcan muy diversas materias, desde el ejercicio

del arbitraje y mediación, incluyendo técnicas básicas y avanzadas de resolución de conflictos, a la negociación colectiva (*collective bargaining*) y la gestión de quejas (*grievance handling*). Asimismo, mencionar la existencia del *AAA A. Leon Higginbotham Jr. Fellows Program*, creado en 2009 con el fin de proporcionar, a lo largo de un año, una formación intensiva y oportunidades de *networking* y *mentoring* para futuros profesionales de la carrera en la resolución alternativa de disputas.

(Autora: Elisa Vicente Maravall. Garrigues, Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS*:* Lew, Julian D.M., Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. Londres: Ed. Kluwer Law International, 2003, para. 3-28, 11-5, 11-11, 11-50; Lew, Julian D.M. and Loukas A. Mistelis. *Pervasive Problems in International Arbitration*. Londres: Ed. Kluwers Law International, 2006, para. 6-8, 7-2; Kerr, John J., Conrad K. Harper, Peter C. Thomas, Roberto H. Smith. *Comparison of International Arbitration Rules*. Nueva York: Ed. Juris Publising, 2002, pp. 83-125. Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby, and Costantine Partasides. *Law and Practice of International Commercial Arbitration.* Oxford: Ed. Oxford University Press, 2009, p. 62.

VOCABLOS CONEXOS: *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Árbitro. Arbitraje institucional. *Code of Ethics*. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNICTRAL). Ley Modelo UNCITRAL. Responsabilidad de la Institución Arbitral. Corte de Arbitraje. Arbitraje institucional/administrado. Arbitraje *ad-hoc*.

Amicus curiae

El *amicus curiae* o amigo de la corte, no es una de las partes procesales de la disputa, sino que se trata de un tercero que presenta un interés en la controversia. Los orígenes de esta institución se remontan a la época romana y actualmente es una figura con especial arraigo en los sistemas judiciales del *common law.* En el ámbito internacional de los derechos humanos, se admiten intervenciones de *amici curiae* en instituciones como la Corte Interamericana de Derechos Humanos o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En el ámbito comercial internacional,

el artículo 10 del Entendimiento sobre Solución de Diferencias de la Organización Mundial del Comercio proclama que se tomarán plenamente en cuenta los intereses de «*todo Miembro que tenga un interés sustancial en un asunto sometido a un grupo especial*».

Centrando la atención en el arbitraje internacional, esta figura del *amicus curiae* ha cobrado especial relevancia en los últimos años, sobre todo en los arbitrajes de inversiones. En el marco del NAFTA, *Methanex Corp. vs. the United States* fue el primer caso en el que se admitió la intervención de varias ONGs en calidad de amigos de la Corte, al estimarse que el conflicto presentaba una dimensión pública que excedía los intereses particulares de las partes implicadas. En este supuesto y en otros posteriores como *United Parcel Service of Am., Inc. (UPS) vs. Canada y Glamis Gold, Ltd. vs. The United States of America,* los árbitros han admitido estas intervenciones acudiendo al artículo 15 del Reglamento de Arbitraje de UNCITRAL, que les otorga amplios poderes procesales («con sujeción a lo dispuesto en el presente Reglamento, el tribunal arbitral podrá dirigir el arbitraje del modo que considere apropiado, siempre que se trate a las partes con igualdad y que, en cada etapa del procedimiento, se dé a cada una de las partes plena oportunidad de hacer valer sus derechos»).

En la práctica arbitral, esta petición de intervención como parte no contendiente se subsume dentro de una reclamación más amplia, como es la de la transparencia durante todo el curso del arbitraje de inversión. Frente al arbitraje comercial entre sujetos privados, se indica que en este tipo de controversias híbridas (Estado-inversor) la confidencialidad ha de ceder en pos de la defensa de relevantes intereses colectivos (salud, medio ambiente, desarrollo sostenible, etc.). De ahí que los amigos de la corte también invoquen el artículo 25 del Reglamento de UNCITRAL para poder, asimismo, comparecer en las audiencias públicas arbitrales.

En relación con el tratamiento que el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) viene dando a la figura

del *amicus curiae,* varias organizaciones presentaron sin éxito en el año 2002 un escrito al tribunal arbitral encargado del *Caso Aguas del Tunari S.A. vs. República de Bolivia*, solicitando ser admitidos como partes en la controversia y, en su defecto, poder intervenir como *amici curiae,* asistir a las audiencias y tener acceso a documentos relevantes del caso. Sin embargo, cuatro años más tarde, CIADI reformó su Reglamento de Arbitraje. La actual regla 37.2 de este texto, que entró en vigor el 10 de abril de 2006, autoriza que, tras haber consultado a las partes, el tribunal arbitral permita que «una persona o entidad que no sea parte en la diferencia efectúe una presentación escrita ante el tribunal, relativa a cuestiones dentro del ámbito de la diferencia». Adicionalmente, la regla 32 del Reglamento admite la posibilidad de que, contando con el consenso de las partes, el tribunal permita «que otras personas, además de las partes [...] asistan a la totalidad o parte de las audiencias, o las observen». En el *Caso Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. República Argentina*, el tribunal arbitral CIADI emitió, el 12 de febrero de 2007, una importante resolución en materia de *amicus curiae.* En diciembre del 2006, cinco ONGs habían solicitado autorización para realizar una presentación en calidad de amigos de la Corte. En ella, el tribunal hace referencia a las nuevas reglas de arbitraje de CIADI —aunque no las considera directamente aplicables por cuestiones cronológicas— e indica que su esencia coincide con la de las pautas dictadas por el mismo órgano en la resolución de 17 de marzo de 2006. En este caso *Suez*, el tribunal estima que «los peticionarios han demostrado su idoneidad para hacer presentaciones en calidad de *amicus* en este caso». Por ello, el tribunal autoriza a estas cinco organizaciones a presentar un escrito común, de no más de 30 folios, cuyo contenido podrá ser ampliado a petición del tribunal, y que se transmitirá a las partes, permitiéndoles presentar alegaciones al respecto. Resoluciones similares a ésta han sido adoptadas, posteriormente, por los árbitros encargados de los casos CIADI *Biwater vs. Tanzania; Piero Foresti, Laura de Carli and others vs. Republic of South Africa* y el muy reciente *Pac Rim Cayman LLC vs. Republic of El Salvador.* En este último, el tribunal arbitral invoca el artículo 10.20.3 del Tratado de Libre Comercio-Centroamérica-Estados Unidos de América-República

Dominicana *(DR-CAFTA-US-Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement)* para autorizar a los interesados la presentación de *amicus briefs* y el artículo 10. 21.2 del mismo texto para permitir que la audiencia oral del 31 de mayo y 1 de junio de 2010 fuesen seguidas *on line.* El reconocimiento de la figura de los amigos de la Corte en recientes tratados multilaterales y bilaterales de inversión (véase, por ejemplo, el artículo 29 del *2004 U.S. Model BIT*) hace pensar que el recurso a esta figura va a ser más habitual en el futuro del arbitraje internacional de inversiones.

(Autora: Katia Fach Gómez. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza, LL.M.).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Blackaby, N. *«Public interest and Investment Treaty Arbitration». Transnational Dispute Management*, febrero 2004. Hollis, D.B. *«Private Actors in Public International Law: Amicus Curiae and the Case of the Retention of State Sovereignty». Boston College International and Comparative Law Review*. Boston, Spring 2002. De Lotbiniere McDougall, A. y A.A. Santens. *ICSID Tribunals Apply New Rules on Amicus Curiae, Mealey's International Arbitration Report*, febrero 2007, vol. 22, n.º 2. *«European Commission seeks to intervene as amicus curiae in ICSID arbitrations to argue that long-term power purchase agreements between Hungary and foreign investors are contrary to European Community Law», Investment Treaty News,* 17 September 2008. *«ICSID Tribunal will permit European 'Commission to file legal brief in Energy Charter Treaty Arbitration'», Investment Treaty News*, 11 December 2008. Levine, E. *«Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation»,* 2010, http://www.law.harvard.edu/students/orgs/hela/workingpaper2010.html. *Transparency and Third Party Participation in Investor-State Dispute Settlement Procedures Statement by the OECD Investment Committee,* http://www.owcd.org/dataoecd/25/3/34786913.pdf. Blackaby, N. y C. Richards. *«Amicus Curiae: A Panacea for Legitimacy in Investment Arbitration?»*. En *AA.VV. The Backlash Against Investment Arbitration,* 2010. Bjorklund, A.K. *«The Participation of Amici Curiae in NAFTA Chapter Eleven Cases».* http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/dispdiff/_participate.aspex?lang=en. Friedland, P. «El papel de los escritos '*amicus curiae*' en el arbitraje internacional». *Revista Internacional de Arbitraje*, 2006, n.º 4. Fernández Masiá, E. «¿Es compatible la confidencialidad con el arbitraje en inversiones extranjeras?: Hacia una mayor transparencia y participación de terceros en *los procedimientos arbitrales inversor-Estado». Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2007, vol. 19, n.º 1, pp. 1-14. Viñuales, J.E. «*Human Rights and Investment Arbitration: The Role of Amici Curiae». Revista Colombiana de*

Derecho Internacional, 2006, n.º 8, pp. 231-274. Sabater, A. *«Towards Transparency in Arbitration (A Cautious Approach)». BJIL & The Publicist*, 2010, vol. 5, p. 47. Fach Gómez, K. *«Rethinking the role of Amicus Curiae in Investment Arbitration». Fordham International Law Journal*, 2010-2011, vol. 34.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje institucional/administrado. Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje de inversiones.

Amigable composición (ver «Arbitraje de equidad, también llamado Arbitraje de amigable composición»)

Anti-suit injunction (ver «Medida antiproceso»)

Anulación parcial del laudo

1. Introducción y noción general

El laudo, como resolución decisoria dictada en el seno de un proceso arbitral, puede ser impugnado por las partes sujetas a arbitraje. Como consecuencia de dicha impugnación, el tribunal competente puede declarar la nulidad del mismo, tanto en su totalidad, como limitando dicha declaración de nulidad a una o varias partes del laudo impugnado, dejando subsistente el resto de dicho laudo.

Por tanto, cuando el tribunal competente y por el procedimiento establecido, declara la nulidad de una o varias partes de un laudo que ha sido impugnado, declarando la validez del resto del contenido del laudo, estamos ante la figura de la anulación parcial del laudo.

La anulación parcial se basa en el *principio de conservación del laudo* y, como es obvio, sólo puede darse cuando el laudo impugnado contenga diferentes pronunciamientos; asimismo, como luego veremos, es requisito imprescindible para que se pueda anular parcialmente un laudo, dejando subsistentes otras partes del mismo, que dicho laudo impug-

nado permita deslindar claramente los pronunciamientos anulados de aquéllos que deben conservarse.

Cuestión diferente de la anterior es aquélla en la que el tribunal competente para conocer sobre la impugnación de un laudo dicta sentencia en la que declara que el laudo dictado es nulo, pero el convenio arbitral que dio origen al proceso arbitral, en cambio, es válido; en este supuesto, las partes podrán volver a iniciar un proceso arbitral en cumplimiento del mismo convenio.

Aunque los motivos que permiten la anulación de un laudo no sean objeto de estudio de la presente voz, las leyes contemplan la anulación parcial de un laudo cuando la sentencia estima que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sujetas a su decisión o no susceptibles de arbitraje; en dicho supuesto, se anularía la parte del laudo relativo a dichas cuestiones sobre las que se ha extralimitado el árbitro, conservando su validez las restantes decisiones arbitrales del mismo laudo, siempre que las decisiones arbitrales que se mantienen vigentes gocen de sustantividad propia respecto a las anuladas.

2. Derecho español y jurisprudencia de desarrollo

2.a) Derecho Español

La vigente Ley n.º 60/2003, de Arbitraje, señala en su artículo 41, apartado primero, los motivos de anulación del laudo, de los cuales destacamos los contenidos en las letras c) y e):

> c) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión.
>
> [...]
>
> e) Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.

Asimismo, en el apartado tercero de dicho artículo se dispone lo siguiente:

> [...]
>
> 3. En los casos previstos en los párrafos c y e del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás.

En la anterior Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje, se reflejaba esta misma posibilidad de limitar los efectos de la anulación a únicamente aquella parte del laudo viciada (artículo 45.4):

> [...]
>
> Cuando los árbitros hayan resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión o que, aunque lo hubiesen sido, no pueden ser objeto de arbitraje. En estos casos la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de arbitraje, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan indisolublemente unidos a la cuestión principal.

Incluso en la tramitación del Proyecto de Ley, el texto legal pudo resultar aún más claro de haber prosperado alguna enmienda (enmienda n.º 60, presentada por el Partido Liberal), que añadía la coletilla «sin perjuicio de la validez del laudo en los extremos no afectados por estos vicios». La mencionada enmienda no prosperó, pero resulta aclaratoria del alcance de la declaración de nulidad en los casos de anulación parcial.

2.b) Jurisprudencia española

Los tribunales españoles no han mantenido duda alguna en cuanto a la posibilidad de decretar la anulación parcial de un laudo, salvando la validez del resto del laudo siempre que se den los mencionados requisitos que permitan dicha anulación parcial:

- sustantividad de los pronunciamientos viciados, y
- separabilidad de los mismos respecto a los que se declararán válidos.

Así, bajo el imperio de la ley anterior, la jurisprudencia admitió sin género de dudas dicha separabilidad. *V.gr*. Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de fecha 30 de junio de 2006 (EDJ 2000/50574).

Hoy en día, la doctrina jurisprudencial española está consolidada en este aspecto, no generando dudas en cuanto a su aplicación. *V.gr*. Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, en fecha 12 de febrero de 2010 (EDJ 2010/79988) en la que declara la nulidad de parte de los pronunciamientos, pues los árbitros resuelven sobre puntos no sometidos a su decisión, o la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, en fecha 31 de julio de 2006 (EDJ 2006/355818) por conceder el árbitro sumas no reclamadas por la parte demandante.

3. Derecho comparado

Por su parte, la Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL), sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985, al contemplar los supuestos de nulidad del laudo, recoge en su artículo 34, apartado 2, epígrafe iii) el siguiente, relativo a la anulación parcial:

> [...]
>
> 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.

Como puede observarse, la Ley Modelo únicamente parece contemplar la anulación parcial para los supuestos de extralimitación por incongruencia *extrapetita* del mandato de los árbitros, y no para los supuestos en los que los árbitros resuelven sobre materias no susceptibles de resolverse por la vía del arbitraje.

4. Comentarios

A la vista de los dos motivos de anulación que suelen fundamentar una anulación parcial del laudo, creemos que conviene hacer una distinción

entre ambos: así, cuando el laudo se fundamenta en el motivo contemplado en el artículo 41.1.c) de la Ley n.º 60/2003 (laudo que resuelve sobre puntos que las partes no han sometido a la decisión de los árbitros), es de capital importancia tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley n.º 60/2003 y artículo 4 de la Ley Modelo, puesto que la extralimitación del mandato recibido por los árbitros en cuanto deciden cuestiones no sometidas por las partes a su decisión puede resultar subsanada si la actitud de la parte que podría impugnar el laudo fuera pasiva o de aquietamiento. Dicho en otras palabras, la parte que aun no habiendo pactado inicialmente que una determinada cuestión litigiosa o aspecto de dicha cuestión sea decidida por los árbitros, consintiere durante el curso del proceso arbitral en la mencionada extralimitación, difícilmente podrá obtener la anulación de aquellos pronunciamientos dictados por los árbitros extralimitándose.

En cambio, si la anulación parcial se basase en que los árbitros hubieran resuelto sobre materias no susceptibles de arbitraje, dado que se trataría de una cuestión de orden público, no cabría la subsanación, pudiendo solicitarse también la anulación parcial de dicho pronunciamiento contenido en el laudo, y quedando subsistente el resto, todo ello en consonancia con lo dispuesto en el artículo 6.2 del Código Civil, que permite la renuncia de derechos cuando con ello no se contraríe el interés o el orden público o no se perjudique a terceros.

Asimismo, a pesar de que la Ley sólo contempla los dos motivos anteriores como determinantes de una posible anulación parcial, no sería descabellado pensar en otros casos en los que una vulneración del orden público (motivo de anulación del laudo contemplado en el artículo 41, apartado 1, epígrafe f) de la Ley n.º 60/2003 y artículo 34.2, letra b), epígrafe ii) de la Ley Modelo) sólo afecta a uno o varios pronunciamientos de un laudo, pero no al resto.

En la práctica, la principal dificultad que plantea la anulación parcial de un laudo es decidir cuándo unos pronunciamientos viciados de nuli-

dad pueden ser cercenados del resto del laudo sin afectar al sentido del resto del laudo cuya validez se mantiene y cuándo, por el contrario, la nulidad de unos pronunciamientos debe acarrear la declaración de nulidad de la totalidad del laudo. Esta labor supone una difícil tarea a ser llevada a cabo por el tribunal, el cual debe tratar de respetar la voluntad de las partes de someterse a arbitraje y, por ende, la parte de la decisión arbitral que no esté viciada y que sea separable por tener sustantividad propia del resto del laudo, pero al mismo tiempo debe velar para que el laudo resultante sea congruente, sin remisiones a los pronunciamientos anulados. Para ello, el tribunal deberá analizar pormenorizadamente el convenio arbitral, las pretensiones de las partes, las actuaciones arbitrales, así como la actitud pasiva o activa de las partes durante el proceso; de igual modo, dada la flexibilidad que preside el proceso arbitral, en el que la controversia se puede ir delimitando a lo largo del proceso, la ampliación o modificación de las pretensiones cobrarán especial importancia.

(Autor: Ernesto Díaz-Bastién López. Socio de Díaz-Bastién & Truan Abogados. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Senés Motilla, Carmen. *La intervención judicial en el arbitraje*. Navarra: Ed. Thomson-Cívitas, 2007. Mantilla-Serrano, Fernando. *Ley de Arbitraje, una perspectiva internacional*. Madrid: Ed. Iustel, 2005. Hinojosa Segovia, Rafael. «El recurso de anulación contra laudos arbitrales (estudio jurisprudencial)». *Revista de Derecho Privado*, 1991. González Soria, Julio. (Coord.). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre*. Navarra: Ed. Thomson-Aranzadi, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Laudo. Impugnación del laudo arbitral. Revisión del Laudo.

Alternative Dispute Resolution (ver «Resolución alternativa de controversias»)

Arbitrabilidad

Arbitrabilidad es la susceptibilidad del objeto de las pretensiones de las partes de ser resuelto en un arbitraje.

Los criterios de la arbitrabilidad varían en los diversos ordenamientos, aunque por regla general las materias arbitrables se asocian al derecho dispositivo, mientras que las no arbitrables se asocian al orden público y al derecho imperativo, es decir, aquél no susceptible de acuerdo o transacción entre las partes. En concreto, en la gran mayoría de los ordenamientos se excluyen del arbitraje materias relativas al *status* de las personas, como el estado civil, incapacitación, etc., así como ciertas materias que atañen a partes más débiles y, por ello, dignas de especial protección, como pueden ser el derecho de protección del consumidor, el derecho de arrendamiento de vivienda, el derecho de los contratos de agencia o distribución, etc.

En muchos ordenamientos se restringe la capacidad de entidades públicas de someterse a arbitraje, siendo el criterio no la materia sino la persona.

A nivel mundial, el contexto actual se encuentra caracterizado por una notable expansión de las materias susceptibles de ser sometidas al arbitraje. Entre estas materias figuran las cuestiones relacionadas con los recursos naturales, las inversiones extranjeras, oferta de títulos valores, patentes, marcas, propiedad intelectual, transporte marítimo de mercaderías, hasta las relacionadas con el derecho de la competencia y la insolvencia**.**

Sin embargo, sigue habiendo divergencias entre ordenamientos y, por ello, en casos internacionales, puede cobrar importancia la determinación de la ley aplicable al arbitraje para determinar la arbitrabilidad de la materia.

La Convención de Nueva York y el Convenio Europeo de Ginebra establecen (en sus artículos V.2.a) y VI.2, respectivamente) que a efectos de

la denegación del reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros es aplicable la *lex fori,* es decir, que serán las normas sobre arbitraje del país sede del tribunal al que se pide el reconocimiento y la ejecución del laudo, las que decidirán si la materia sobre la que se dictó el laudo es susceptible de ser sometida a arbitraje.

En la etapa previa al reconocimiento y la ejecución, la situación no es tan clara, por ejemplo, a efectos de la determinación por parte de los árbitros de su propia competencia, o a efectos de la decisión por parte de los tribunales estatales de una declinatoria o excepción de arbitraje (si un demandado ante los tribunales estatales invoca un convenio arbitral y la contraparte a su vez alega inarbitrabilidad de la materia). Tribunales arbitrales y estatales en diversos países han aplicado criterios muy dispares para determinar la ley aplicable en estos casos.

Observación: En los EE.UU. el término «arbitrability» *se suele utilizar en un sentido más amplio, abarcando toda la cuestión de la competencia del tribunal arbitral.*

(Autor: Calvin Hamilton. Socio de Hamilton Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Mistelis, Loukas A. y Stavros L. Brekoulakis. *Arbitrability: International & Comparative Perspectives*. Londres: Kluwer Law International, 2009. «Arbitration in 50 jurisdictions worldwide». *Global Arbitration Review*, 2010. Lew, Julian D.M., Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo de arbitraje. Convenio arbitral. Acción de nulidad. Nulidad parcial del laudo.

Arbitrabilidades condicionadas

Término acuñado por la autora para designar la arbitrabilidad de las controversias en materias intervenidas por normas imperativas y de orden público. Es la arbitrabilidad «condicionada» por motivos de orden

público que viene a afirmar que el árbitro puede apreciar su propia competencia en cuanto a la arbitrabilidad de las controversias fuertemente intervenidas por motivos de orden público (derecho de la competencia, condiciones generales de contratación, sociedades, etc.) siempre y cuando o «a condición» de que se comprometa a aplicar dicha normativa. Simplemente, se trata de un punto más en el camino hacia la instauración de una auténtica cultura arbitral y en la asimilación del árbitro al juez. Planteamiento simple aunque no exento de trascendencia en la construcción dogmática del arbitraje como institución.

El árbitro aplica el derecho, todo el derecho y sólo el derecho en las mismas condiciones que un juez plenamente integrado en la justicia estatal. La consecuencia directa de ello es que no existe razón alguna para que, moviéndose en el marco expresado por la voluntad de las partes y plasmado en el convenio arbitral, los árbitros inapliquen las normas imperativas y el orden público que penetran en el derecho de fondo como cualquier otra ley de aplicación directa en el arbitraje (la que rige la arbitrabilidad o el procedimiento, en su caso, por ejemplo). Si bien hay que precisar que en buena lógica no existe un arbitraje estrictamente «condicionado» a la aplicación del orden público y de las normas imperativas. El arbitraje, con condición y sin ella, debe plasmar y aplicar el orden público y toda clase de normas de intervención vinculadas a la ley de fondo como uno de los atributos de los poderes de los árbitros y como una consecuencia de la propia naturaleza del arbitraje, a medio camino entre el esquema contractual y el jurisdiccional. Pero, de facto, existe una condición implícita en las materias intervenidas por el orden público que exige que éste se aplique y siempre se respete.

Así pues, la arbitrabilidad condicionada conlleva la existencia de un arbitraje condicionado por motivos de orden público. Se permite la arbitrabilidad de las controversias que afecten a determinados ámbitos materiales especialmente intervenidos por el orden público o la normativa imperativa (por ejemplo, el derecho de la competencia) con una condición: que el árbitro o tribunal arbitral que decide sobre el supues-

to concreto, aplique dicha normativa imperativa y de orden público que se impone en la materia del mismo modo e igual manera que lo haría un juez estatal. El carácter de orden público de estas materias limita la libertad de las partes y de los árbitros en relación con las mismas. La interconexión entre el derecho aplicable al fondo y el derecho aplicable a la arbitrabilidad se acrecienta hasta el punto de que el árbitro debe, incluso, descender a la fase arbitral como requisito previo para apreciar la arbitrabilidad y su propia competencia. Así, el arbitraje condicionado en materias de orden público implica que la ley que gobierna el fondo deba ser también la ley que gobierna la arbitrabilidad.

No hay que olvidar que, desde antaño, cada Estado decide soberanamente qué materias pueden ser objeto de arbitraje y cuándo éstas dejan de serlo. Así se explica que, hasta hace menos de cincuenta años, la institución privada arbitral era juzgada incapaz de resolver con justicia y equidad sobre aquellas controversias que afectasen a materias especialmente delicadas para la soberanía nacional, fuertemente protegidas por el orden público y la normativa imperativa. En consecuencia, la competencia de los árbitros en todos aquellos ámbitos materiales intervenidos por el orden público se estimaba preventivamente prohibida y, por ende, todas estas materias entraban directamente a pertenecer a la categoría de lo automáticamente inarbitrable. En este sentido, se entendía el conflicto insuperable entre arbitrabilidad y materias imperativas o de orden público, habida cuenta de la prohibición radical de arbitrar en aquellas controversias que versasen sobre el orden público, dando lugar a los denominados «zonas o bloques de incompetencia» que sustraían materias enteras al arbitraje debido a su relación directa o indirecta con el orden público. No obstante, la concepción del orden público en el arbitraje ha sufrido un cambio de lo más notable.

Superada su clásica acepción negativa, el orden público ha pasado de ser considerado el gran enemigo del arbitraje a constituir la principal garantía frente al exceso del poder privado en un mundo globalizado dominado por las transacciones comerciales internacionales de merca-

do. En su papel de límite-garantía, el orden público ha posibilitado la evolución progresiva del arbitraje gracias a que ha favorecido, verificado y consolidado la confianza que en el mismo han depositado los Estados. De manera que los distintos ordenamientos internos han dejado de encontrar en él su mejor prerrogativa como límite fácilmente moldeable para frenar los intentos de extensión del arbitraje, bien en la primera fase, al impedir la arbitrabilidad en materias de orden público; o bien, en su acepción más corriente, en la fase postarbitral, al ser entendido en sentido amplio como una cláusula de estilo que era utilizada por los Estados, de manera arbitraria y difícil de prever, según cambiasen los intereses nacionales, para denegar el reconocimiento y la ejecución de los laudos internacionales.

La fecha clave de este cambio, en el que se abrieron las compuertas a la arbitrabilidad en materias de orden público y comenzó a caer el muro que separaba a las políticas imperativas estatales de la institución arbitral, fue 1985. Año en el que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América dictó la paradigmática sentencia *Mitsubishi*, gracias a la cual se posibilitó, por vez primera, que un árbitro pudiera entrar a decidir sobre una controversia que afectaba al derecho de la competencia y se produjo un auténtico despegue de la institución arbitral en el ámbito internacional. El caso *Mitsubishi* permitió la arbitrabilidad de la controversia internacional del Derecho *Antitrust* y sus consecuencias en cuanto a la extensión de la competencia de los árbitros en ámbitos que tradicionalmente les habían sido vedados, por su fuerte vinculación con el orden público y las políticas imperativas de los Estados, fueron ya imparables. Causa y detonante de los enormes cambios que en apenas una década ha sufrido esta materia en relación con el orden público en el presupuesto objetivo del arbitraje internacional.

A partir de este momento la apertura a la arbitrabilidad de la controversia ha seguido un camino descendente, iniciado en el ámbito internacional y finalizado en el ámbito interno, dado que las materias que eran internacionalmente arbitrables pasaron a serlo después, también,

internamente. En la actualidad, pocos son los ámbitos materiales que se resisten a ser resueltos a través de un arbitraje, tanto interno como internacional, hecho que ha provocado, al lado de la lógica consolidación del reconocimiento de la institución del arbitraje, una ambigüedad mayor que la habitual sobre lo que se considera arbitrable. Se ha despertado la preocupación por el denominado «*lado oscuro*» del arbitraje, a la vez que se han disparado las dudas sobre lo que es o no arbitrable. Las últimas inquietudes prácticas y doctrinales al respecto versan, en definitiva, sobre el peligro de una arbitrabilidad exacerbada que podría dar lugar a la instrumentalización del propio arbitraje y a un inaceptable «*abuso*» de la institución arbitral en la mayoría de los sectores donde la justicia estatal se mostrase ineficaz. Esta situación ha llevado a plantear hasta dónde es posible que la justicia privada pueda llegar y cuáles son los límites de la amplia liberalidad de la que ésta goza, de cara a un futuro que ya es presente.

Desde una perspectiva más filosófica, el conflicto de intereses que se le plantea al árbitro a la hora de decidir si determinadas materias de orden público son arbitrables, y las condiciones de dicha arbitrabilidad, encuentra su origen en la doble raíz de la que brotan los poderes del juez privado. De un lado, su potestad deriva de las atribuciones que le confiere el propio Estado a través de la ley. De otro lado, la autoridad del árbitro emana de las propias partes, que legitiman su competencia a través de un convenio arbitral válido. Son, respectivamente, las fuentes de la investidura, que confiere al árbitro el poder de juzgar, resultante de la propia ley y las fuentes, de la competencia de los árbitros, que traza las fronteras de ese poder y se deriva del convenio arbitral.

En cada una de las fuentes de legitimidad señaladas, el campo de intervención de la actuación del arbitraje se encuentra restringido. Los árbitros son libres de organizar el procedimiento arbitral como consideren conveniente, pero deben atenerse a una dualidad de límites. Por un lado, el límite que impone el respeto a la voluntad de las partes en el convenio arbitral y, por el otro, el árbitro, como juez que es, ha

de respetar, también, las garantías fundamentales de la justicia, dentro de su componente jurisdiccional. De manera que los dos fundamentos tratan, en el fondo, de los límites que conlleva implícita la propia naturaleza del arbitraje, jurisdiccional y contractual.

En el primero de estos fundamentos, naturaleza jurisdiccional, investidura o, en definitiva la ley, es claro que los Estados ejercen el control de la legalidad y siguen imponiendo restricciones a la arbitrabilidad de las controversias. Unas veces se prohíbe el arbitraje en determinados asuntos como en el Derecho de Familia, el Derecho Fiscal, el Administrativo, las controversias militares, etc. Otras veces, la prohibición sólo afecta al arbitraje interno, pero no al internacional. En determinadas ocasiones, se permite la arbitrabilidad en ámbitos especialmente delicados para la soberanía nacional, «*condicionados*» a que el árbitro cumpla su deber de respetar las disposiciones imperativas y el orden público de necesaria aplicación sobre éstos, como es el caso del Derecho de la Competencia, etc. En el segundo de los límites o fundamentos, la naturaleza contractual que forja la competencia de los árbitros mediante el convenio arbitral, son las propias partes las que constriñen la legitimidad conferida al árbitro o tribunal arbitral, circunscribiendo su misión estrictamente a los puntos que éstas le plantean.

Si el árbitro se extralimitase en sus funciones correría el riesgo de que las partes, en la etapa final de control, la fase postarbitral, se opongan a su decisión mediante la petición del no reconocimiento y la denegación de la ejecución del laudo por haber sido dictado *ultrapetita*. Posibilidad que, como es sabido, está recogida en el artículo V 1 c) del Convenio de Nueva York. El principal problema se plantea cuando, en aquellos ámbitos marcados por el orden público y la normativa imperativa, las dos fuentes del poder del árbitro se enfrentan. Las partes intentan esquivar la aplicación de determinadas disposiciones imperativas y el medio que pretenden utilizar para ello es la institución de arbitraje. La difícil decisión del árbitro comporta la opción entre sus dos progenitores. Ha de decantarse entre su lealtad a las partes, por un lado, y su deber de aplicar

el orden público o de declinar su competencia por inarbitrabilidad de la controversia en determinadas materias que le han sido confiadas por el Estado, por el otro lado.

De esta manera, una vez permitida la extensión de la arbitrabilidad de la diferencia, por ejemplo en el Derecho de la Competencia, existe una única condición: que los árbitros apliquen dicha normativa. Aplicación que ha de ser eficaz y efectiva. Es decir, a partir de la aceptación de una arbitrabilidad condicionada, la tensión se trasluce en dos factores fundamentales que tratan sobre cómo se lleva a cabo el cumplimiento de dicha condición. El primero de ellos se centra en la problemática general sobre el verdadero alcance de la autonomía de la voluntad en la etapa del procedimiento arbitral. Precisamente, la institución arbitral ha conseguido ampliar su propia autonomía, penetrando en materias intervenidas por el orden público internacional de un Estado porque se ha mostrado capaz de mantener un equilibrio entre la voluntad de las partes y la seguridad jurídica. Causa de que las cuestiones relativas a la arbitrabilidad adquieran una especial transcendencia en el dominio del procedimiento arbitral.

El segundo de los factores esenciales se refiere a una cuestión de gran trascendencia práctica. Una vez aceptado que los jueces privados pueden aplicar la normativa, por ejemplo, la del Derecho de la Competencia, como requisito necesario para permitir la validez del presupuesto material la preocupación deriva hacia cómo se lleva a cabo esta aplicación en la práctica, sobre todo en la observación de si existen las garantías necesarias al respecto.

(Autora: Marta Gonzalo Quiroga. Profesora de Der. Int. Priv. U. Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Gonzalo Quiroga, M. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial.* Madrid: Dykinson, 2003, pp. 125-128. Gonzalo Quiroga, M. *Arbitrabilidad de la controversia internacional en Derecho de la Competencia y condiciones generales de contratación: arbitraje internacional de consumo, seguros y trabajo.* Granada: Alhulia, 2003, pp. 87-129. Picó

1 Junoy, J. «El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales». En *La Ley*, viernes 25 de febrero de 2005, n.º 6198, versión electrónica en www.laley.net.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitrabilidad. Convenio arbitral. Orden público. Normas imperativas. Arbitraje en el Derecho de la Competencia (Derecho *Antitrust*). Cultura arbitral. Globalización.

Arbitraje

El arbitraje constituye un método de solución extrajudicial de controversias cuyo origen se sitúa en la voluntad de las partes, que, mediante la conclusión de un negocio jurídico denominado «convenio arbitral», confían la solución de un litigio a un tercero imparcial (árbitro) elegido, directa o indirectamente por ellas mismas. El arbitraje, como proceso que es, se basa en el derecho de defensa de las partes y en el principio de igualdad. Las opciones de política jurídica que subyacen a estos preceptos quedan subordinadas siempre a la voluntad de las partes.

El arbitraje tiene un carácter consensual, esto es, se basa en la cultura del acuerdo, al tratar de impedir la confrontación directa entre los interesados y la ruptura, sin duda traumática, del negocio. Al escoger el arbitraje, las partes optan por un procedimiento privado de solución de controversias en lugar de acudir ante los tribunales ordinarios.

Existe un debate doctrinal en torno a la naturaleza del arbitraje, que ha dado lugar al surgimiento de diferentes teorías: a) las denominadas contractualistas o privatistas, que ponen el acento en el acuerdo de voluntades que da origen al convenio arbitral, como manifestación de autonomía de la voluntad, equiparable a lo que sucede en cualquier contrato; b) las jurisdiccionalistas o procesalistas que asimilan las funciones de los árbitros a las del órgano judicial, sobre todo, basándose en los paralelismos en cuanto a los efectos que producen los laudos arbitrales con respecto a las sentencias jurisdiccionales; las intermedias o sincréticas, que mezclan las dos anteriores.

La Ley española n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, se inspira en la Ley Modelo elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de la CNUDMI/UNCITRAL), recomendada por la Asamblea General en su Resolución n.º 40/72 de 11 de diciembre de 1985. Ello se debe a que la ley española sigue el ejemplo de otras recientes legislaciones extranjeras, que han estimado que la Ley Modelo no sólo resulta adecuada para el arbitraje comercial internacional, sino para el arbitraje, en general.

Conforme a la actual Ley española n.º 60/2003, cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral (artículo 2.2).

El arbitraje es una institución que, sobre todo, en su vertiente comercial internacional, ha de evolucionar al mismo ritmo que el tráfico jurídico, so pena de quedarse desfasada. La legislación interna de un país en materia de arbitraje ha de ofrecer ventajas o incentivos a las personas físicas y jurídicas para que opten por esta vía de resolución de conflictos y por que el arbitraje se desarrolle en el territorio de ese Estado conforme a sus normas constitucionales.

Entre los textos más importantes relativos al arbitraje se encuentran los siguientes: Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958; Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961; Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) de 1976; Recomendaciones para ayudar a las instituciones arbitrales y otros órganos interesados en relación con los arbitrajes sometidos al Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1982; Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

de 21 de junio de 1985 (Ley Modelo de CNUDMI/UNCITRAL). Revisión de artículos concretos el 7 de julio de 2006; Notas de la CNUDMI sobre la Organización del Proceso Arbitral de 1996; Ley española n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje. (BOE n.º 309 de 26 de diciembre de 2003, pp. 46097-46109); Recomendación relativa a la interpretación del artículo II (2) y del artículo VII (1) de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Nueva York, 1958), de 2006; Versión revisada del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 2010.

(Autora: Cristina Hermida del Llano.
Profesora de la U. Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Barona Vilar, S. *Solución extrajurisdiccional de conflictos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. González Soria (Coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004. Guasp Delgado, J. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Bosch, 1956. Hinojosa Segovia, R. *Sistemas de solución extrajurisdiccional de conflictos*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006. Lorca Navarrete, A.M. *Derecho de Arbitraje Interno e Internacional*. Madrid: Tecnos, 1989. Merino Merchán y Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2006. Oppettit, B. *Teoría del Arbitraje*. Traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá: Legis Editores, 2006. Hermida del Llano, C. «El arbitraje y Derecho Comunitario Europeo (a propósito de la solución extrajudicial de conflictos en el marco de ordenamientos supranacionales en mercados únicos)». Capítulo 21 del libro colectivo *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Collantes González, Jorge Luis (Director) y Mario Castillo Freyre. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, Segunda Parte, pp. 317-319.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de Derecho. Arbitraje de equidad. Árbitro. Autonomía de la cláusula arbitral. Confidencialidad (del arbitraje). Confluencia de tradiciones jurídicas (en el arbitraje internacional). Constitucionalidad del arbitraje. Control judicial (del arbitraje). Convenio de Nueva York de 1958. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Convenio arbitral. Derecho aplicable al arbitraje. Ejecución del laudo. Flexibilidad. Fuentes del Derecho Arbitral. Imparcialidad. Independencia. Laudo. Neutralidad. Orden público. Principio del arbitraje. Procedimiento arbitral.

Arbitraje *ad-hoc* (también llamado Arbitraje ocasional o no administrado)

Cuando se habla de arbitraje *ad-hoc*, así como de su opuesto, el arbitraje institucional o administrado, se hace referencia a la forma de organizarlo. Nos encontraremos ante un arbitraje *ad-hoc* cuando, para el caso concreto, las partes diseñan la estructura que deberá conducir y concluir el procedimiento arbitral. Entre otras circunstancias, se eligen los árbitros, se señala la sede del procedimiento, las reglas, duración, idioma y sus costos, con respeto, en todo caso, a las normas de carácter imperativo previstas por la respectiva Ley de Arbitraje. Por el contrario, se habla de arbitraje institucional cuando una estable y específica organización —la Corte arbitral— se encarga de gestionar un concreto arbitraje a petición de las partes que quieran valerse de sus servicios.

En el ámbito del comercio internacional los arbitrajes *ad-hoc* han descendido en número de importancia en un proceso paralelo al auge experimentado por el arbitraje institucional. Este último ofrece grandes ventajas a las partes, ya que todo o casi todo se les da resuelto: se facilita el acceso a listas preestablecidas de árbitros; se fija la sede arbitral y se controla la labor de los árbitros para otorgar el máximo de eficacia y de seguridad al arbitraje así planteado; en caso de desacuerdo entre las partes sobre puntos críticos del proceso arbitral (reglas de procedimiento aplicables, ausencia de designación de los árbitros, Derecho aplicable en cuanto al fono, etc.) lo habitual es que la autoridad de la institución intervenga para allanar los obstáculos que puedan surgir.

En el extremo contrario, el arbitraje *ad-hoc* requiere mayor atención y diligencia de las partes en la estructuración del proceso, lo que se traduce en la exigencia de una mayor previsión en la redacción del convenio arbitral, en el que al menos deberá identificarse la forma de designación de los árbitros y de constitución del tribunal arbitral, fijación de la sede y del Derecho aplicable al fondo y al procedimiento.

Es esta falta de facilidades que ofrece frente al arbitraje institucional, la que explica el descenso experimentado por el arbitraje *ad-hoc*, tanto en el ámbito interno como en el internacional. Junto al esfuerzo que supone redactar una cláusula compromisoria que no dé lugar a imprecisión o lagunas, las partes deben prever todas las eventualidades que puedan acaecer en el curso del procedimiento. Pero, el mayor obstáculo reside en la falta de una autoridad dirimente que resuelva los conflictos o desavenencias entre las partes, relativas a la constitución del tribunal arbitral, o a las circunstancias de funcionamiento, lugar, idioma, fases del procedimiento o Derecho aplicable, cuando todas o algunas de ellas no han sido precisadas en el convenio arbitral.

En la práctica y en el Derecho convencional se distinguen cuatro clases de soluciones que garanticen el pacífico desarrollo del arbitraje *ad-hoc:*

- Intervención de una autoridad dirimente previamente determinada por las partes de carácter jurisdiccional (Presidente de tribunales nacionales o internacionales) o no jurisdiccional (autoridades corporativas, institucionales, etc.).

- Intervención de un tribunal judicial por disposición del Derecho aplicable, lo cual se da en los ordenamientos internos y más raramente en materia de arbitraje internacional.

- Intervención de una autoridad en virtud de Tratado o Convención aplicable. Es el sistema de la Convención de Ginebra de 1961.

- Intervención de una autoridad de designación, impuesta por la aceptación de un reglamento de carácter internacional, como el de la UNCITRAL, o de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, que tratan de conservar el espíritu del arbitraje *ad-hoc*, pero evitando en la medida de lo posible sus inconvenientes.

Dicho lo anterior, el arbitraje *ad-hoc* no ha perdido totalmente su funcionalidad e importancia y es ampliamente utilizado en conflictos de

diversa naturaleza, por lo habitual ajenos al comercio internacional, así en conflictos de carácter civil patrimonial, en los conflictos entre Estados, en asuntos que por su magnitud, trascendencia y carácter atípico, se resisten a ser encuadrados en normas preestablecidas, tanto de procedimiento como de fondo, etc. No hay que olvidar que ciertos países se muestran reticentes a acudir al arbitraje institucionalizado por encontrarse éste localizado en países industrializados.

Frente al carácter prefabricado de un procedimiento estandarizado recogido en el Reglamento de una institución arbitral, el arbitraje *ad-hoc* está más atento a buscar soluciones con base en las circunstancias específicas del caso concreto y al logro de un clima de confianza entre las partes y los árbitros, que son escogidos *intuitu personae*.

Una modalidad dentro del arbitraje *ad-hoc* es el arbitraje *ad-hoc* reglamentado, también llamado semiorganizado. Este tipo de arbitraje está sometido a un reglamento internacional, pero, a diferencia del arbitraje institucional, carece del apoyo de una institución. Es el caso de los arbitrajes que se llevan a cabo por aplicación del Reglamento de la UNCITRAL, sin la presencia de ningún centro permanente de arbitraje que lo administre. Esta modalidad se encuentra, en realidad, a caballo entre el arbitraje institucional y el arbitraje *ad-hoc*. Del primero le separa la inexistencia de una institución que le dé cobertura y atención. Del segundo, la presencia de un reglamento preestablecido que las partes pueden, no obstante, modelar y adaptar al caso concreto que les ocupa, a reserva de las disposiciones imperativas de la ley de procedimiento aplicable; como también cabe la posibilidad de acudir a terceras personas que resuelvan las eventuales controversias sobrevenidas con ocasión de la constitución del tribunal arbitral o de las distintas circunstancias del procedimiento (artículo 6, párrafo 1º b) del Reglamento de la UNCITRAL).

(Autora: Aránzazu Roldán Martínez. Profesora Titular de la Universidad Europea de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Merino Merchán, J.F. y J.M. Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral.* Navarra: Thomson-Cívitas, 2006; *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre).* González Soria, J. (Coord.). Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje institucional. Árbitro. Designación de los árbitros. Procedimiento arbitral. Convenio arbitral. Tribunales *ad-hoc* en el Mercosur.

Arbitraje administrado (ver «Arbitraje institucional»)

Arbitraje aéreo

1. Cuestiones generales

El procedimiento arbitral, bien *ad-hoc* o bien institucional, como sistema de solución de conflictos en el ámbito aeronáutico y, particularmente, en materia de transporte aéreo, es consagrado en el Derecho Aeronáutico a los ámbitos público y privado. Relativos a las disputas entre Estados parte sobre la aplicación e interpretación de los distintos convenios, destacan el Convenio de Chicago de 1944 (artículo 85), el Convenio de Tokio de 1963 (artículo 24), el Convenio de La Haya de 1970 (artículo 12), el Convenio de Montreal de 1971 (artículo 14) o los convenios bilaterales sobre transporte aéreo. En el arbitraje aeronáutico entre particulares, destacan el Convenio de Roma de 1952 (artículo 20.1), el Convenio de Varsovia de 1929 (artículo 32) o el Convenio de Montreal de 1999 (artículo 34).

En el ámbito del arbitraje institucional, en primer lugar destaca el arbitraje de la IATA (Asociación del Transporte Aéreo Internacional), fundada en 1945 y que integra en la actualidad a más de 250 compañías aéreas, que ha desarrollado como parte de su objeto social las denominadas *IATA Arbitration Rules*, cuya última versión es la adoptada en la 169a *Board of Governors*, en Río de Janeiro, el 30 de mayo de 1999.

Dichas normas tienen como finalidad servir de marco predeterminado a aquellas partes que quieran someter sus disputas de Derecho Aeronáutico al arbitraje. Conforme a tales normas, el procedimiento arbitral se inicia mediante solicitud cursada por el reclamante al Director General de IATA, que la remite a los reclamados para su contestación. El árbitro o árbitros designados libremente por las partes, cuentan con un plazo de seis meses para emitir el laudo; plazo que puede prorrogarse por tres meses, aunque no por el tribunal arbitral, sino por el Director General de la IATA.

En segundo lugar, la Corte Internacional de Arbitraje Aéreo y Espacial nace bajo los auspicios de la Sociedad Francesa de Derecho Aéreo y Espacial (SFDAS) y tiene por objeto arbitrar cualquier cuestión litigiosa surgida con motivo de actividades relacionadas directa o indirectamente con el ámbito aéreo o espacial. Las partes sólo pueden designar árbitros a aquéllos que tenga reconocidos la Corte como tales en la correspondiente lista. Igualmente, se prevé un procedimiento de urgencia para solicitar medidas cautelares o nombramiento de peritos cuya duración total se reduce a cinco días.

2. El arbitraje aéreo en el Convenio de Montreal de 1999

La importancia del contrato de transporte aéreo internacional justifica el examen del arbitraje consagrado en el artículo 34 del Convenio de Montreal de 1999 (en adelante, CM). Conviene tener en cuenta que el antecedente inmediato del citado precepto se encuentra en el último inciso del artículo 32 del Convenio de Varsovia de 12 de octubre de 1929 para la unificación de ciertas reglas relativas al transporte aéreo internacional, si bien, al igual que el CM, el recurso al arbitraje se contempla sólo como excepción a la jurisdicción ordinaria, en los supuestos relativos al contrato de transporte de mercancías. En consecuencia, el arbitraje en el ámbito del transporte de personas y equipajes queda excluido al amparo del Convenio de Varsovia.

El artículo 34 del CM regula el arbitraje en los siguientes términos: «1. Con sujeción a lo previsto en este artículo, las partes en el contrato de transporte de carga pueden estipular que toda controversia relativa a la responsabilidad del transportista prevista en el presente Convenio se resolverá por arbitraje. Dicho acuerdo se hará por escrito. 2. El procedimiento de arbitraje se llevará a cabo, a elección del reclamante, en una de las jurisdicciones mencionadas en el artículo 33.3. El árbitro o el tribunal arbitral aplicarán las disposiciones del presente Convenio. 4. Las disposiciones de los párrafos 2 y 3 de este artículo se considerarán parte de toda cláusula o acuerdo de arbitraje, y toda condición de dicha cláusula o acuerdo que sea incompatible con dichas disposiciones será nula y de ningún efecto».

El CM (artículo 1) dispone que su ámbito de aplicación es el propio del transporte aéreo internacional. Los arbitrajes iniciados en España con base en el artículo 34 CM son arbitrajes internacionales, dado que el artículo 3 de la Ley de Arbitraje (en adelante LA) califica como internacional a aquellos procedimientos arbitrales en los que la relación jurídica de la que dimane la controversia afecte a intereses del comercio internacional. Conviene tener en cuenta que la LA establece determinadas consecuencias para el arbitraje internacional.

El artículo 34 CM resulta confuso en su ámbito material, al incluir de manera clara el arbitraje aéreo en el contrato de transporte de mercancías, mientras que la posibilidad de acudir al arbitraje en los contratos de transporte aéreo internacional de pasajeros y equipajes es objeto de interpretación. La interpretación literal del precepto ligada a la sanción de nulidad prevista en el artículo 49 para todo pacto que contravenga, con carácter general, lo dispuesto en el CM y, en particular, las reglas de jurisdicción, justificaría la exclusión del ámbito arbitral de los contratos de pasajeros y equipajes. Se aduce que el desequilibrio entre las partes en estos contratos permite cuestionar la voluntad real de sumisión a arbitraje. Sin embargo, la falta de referencia expresa a los contratos de pasajeros y equipajes en el artículo 34 no implica su prohibición, y la nulidad del citado artículo 49 se refiere a la imposibilidad de derogar

las normas de éste antes de que se produzca el hecho dañoso, por lo que cabe considerar la validez de la sumisión a arbitraje con posterioridad al acaecimiento del daño.

Como se ha dicho, el antecedente del precepto sanciona la nulidad de la cláusula arbitral en los contratos de transporte de pasajeros y equipajes, mientras que los trabajos preparatorios del CM comprendían el arbitraje en los contratos de transporte de pasajeros si la voluntad de sumisión a arbitraje era confirmada *a posteriori*. Todo ello ha llevado a defender que la validez del pacto de arbitraje depende de lo establecido en cada ordenamiento jurídico interno, teniéndose que determinar la regulación aplicable a dichos pactos. En este sentido, caben dos posibles interpretaciones. Una, la aplicación analógica de los requisitos del artículo 34 relativos a los contratos de transporte de mercancías y, otra, la aplicación de las normas generales en materia de arbitraje en cada país. En el caso de España, hay que tener en cuenta el arbitraje de consumo que es objeto de otra voz en este Diccionario.

3. El contrato de transporte aéreo de mercancías: cláusula arbitral

En relación a la forma de la cláusula arbitral, el contrato de transporte aéreo de mercancías (artículos 4 y ss. CM), se documenta generalmente en una carta de porte aéreo (*airway bill*) cuya naturaleza suele ser la propia de un contrato de adhesión. A pesar de que la práctica usual del comercio internacional admite la validez de la sumisión a arbitraje en estos contratos, el modelo aprobado mediante Resoluciones de la IATA números 600a y 600b (II) no contiene cláusula alguna sobre la forma de resolución de disputas entre las partes. En todo caso, hay que examinar la validez de la sumisión a arbitraje contenida en un contrato de adhesión como es la carta de porte aéreo. Al respecto, el artículo 9 LA remite, tratándose de un arbitraje internacional, al cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas que deban regir dicho convenio arbitral. En este sentido, el artículo 34 CM se limita a establecer el requisito formal de recoger por escrito la cláusula de arbitraje sin referirse a su inclusión en un contrato de adhesión.

El contenido de esta cláusula arbitral presenta unas particularidades que conviene destacar. En efecto, el CM faculta el sometimiento de las controversias a arbitraje en el transporte de mercancías, al tiempo que establece sus propias normas, a las que supedita la validez del pacto compromisorio, que representan unas particularidades.

En primer lugar, se dispone como requisito necesario la forma escrita del acuerdo de sometimiento a arbitraje, lo que no implica que se exija la firma expresa de dicho convenio arbitral. No obstante, parece que la contestación a una reclamación arbitral, sin negar la existencia del pacto arbitral, debe vincular a las partes y declarar válida la competencia de los árbitros frente a los cuales el reclamante hubiere interesado la tutela arbitral para resolver la controversia.

Como segundo requisito se exige que el lugar del arbitraje sea fijado en alguno de los Estados a que se refiere el artículo 33 CM (no a los establecidos en el artículo 46 referido a la jurisdicción adicional en supuestos de reclamaciones contra el transportista de hecho). Esta limitación a la voluntad de las partes contradice la naturaleza flexible y dispositiva propia de los pactos arbitrales (artículo 26 LA), si bien garantiza que los pactos y procedimientos arbitrales que pudieren desarrollarse al amparo del CM, se valoren y tramiten, en todo caso, en Estados cuyo ordenamiento jurídico ha integrado, como norma propia, el reiterado CM. En todo caso, conviene tener en cuenta que el lugar de celebración del arbitraje determina, entre otras, la ley aplicable a dicho procedimiento arbitral (a falta de disposición expresa establecida por las partes o por la institución arbitral a la que se sometan las partes), y que dicha ley establece las causas de nulidad del laudo que ponga fin al procedimiento arbitral, así como los requisitos exigibles para su ejecución. En todo caso, se impide anticipar en la cláusula arbitral un concreto lugar de celebración del arbitraje, con la consiguiente inseguridad jurídica, y se considera nula cualquier cláusula de arbitraje que no respete el contenido de este requisito.

El tercer requisito se refiere a que el convenio arbitral debe expresar que las normas aplicables para la resolución de la controversia son las establecidas en el propio CM, de obligado cumplimiento para los árbitros. En consecuencia, se prohíbe el arbitraje de equidad, sancionándose con la nulidad cualquier pacto distinto de lo establecido en el precepto.

En cuarto lugar, se sanciona con la nulidad aquellos pactos que se opongan a lo establecido en los anteriores requisitos segundo y tercero, y sustituye la voluntad de las partes por las previsiones contenidas en el CM. El carácter integrador de este requisito conlleva el respeto de la voluntad de las partes de someter la cuestión litigiosa a arbitraje, aun cuando dejen de tener validez los requisitos a los que las partes quisieron condicionar dicha voluntad. Este principio de conservación contractual se aparta de lo previsto en la LA que, lejos de integrar la voluntad manifestada por las partes, declara la nulidad del compromiso arbitral, quedando abierta la vía judicial en caso de que dicha cláusula no reúna los requisitos exigidos en dicha norma, al amparo del carácter extraordinario que representa la resolución arbitral de los conflictos.

Común al arbitraje derivado de los contratos de transporte, se suscita el problema de la oponibilidad de los efectos de la cláusula de arbitraje a sujetos que no son las partes originarias del contrato de transporte de mercancías, es decir, al expedidor y al transportista. La extensión a terceros no firmantes de los efectos del convenio arbitral se refiere al destinatario de las mercancías y a las compañías aseguradoras del expedidor y del destinatario. En lo que respecta al destinatario, debe señalarse que, al contrario de lo que sucede con los conocimientos de embarque marítimos, las cartas de porte aéreo carecen de la naturaleza jurídica de título-valor. El CM no contempla la posibilidad de emitir cartas de porte aéreo negociables, a diferencia de lo previsto en el Convenio de Varsovia. En consecuencia, los derechos del destinatario de la mercancía en el transporte aéreo internacional no se amparan en la carta de porte aérea sino en el propio CM, por lo que es discutible que se pueda oponer un pacto compromisorio contenido en una carta de porte, al

destinatario de las mercancías. Por lo que a los aseguradores se refiere, se subrogan en la posición contractual de sus asegurados (artículo 43 de la Ley de Contrato de Seguro), quedando vinculados por la cláusula de arbitraje que pudiere haberse establecido en la carta de porte aéreo, siempre que tal vinculación fuere predicable respecto a sus asegurados.

4. Valoración final

Como valoración, las particularidades del transporte aéreo de mercancías parecen las propicias para que las partes opten por el arbitraje para poner fin a las controversias que puedan surgir, si bien, a diferencia de otros sectores del transporte, el arbitraje no ha terminado de instaurarse como fórmula alternativa de resolución de conflictos en materia aeronáutica.

(Autora: Dra. Bárbara de la Vega Justribó, Profª. de Derecho Mercantil de la U. Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: De Paz Martín, J. «*La responsabilidad en el transporte aéreo internacional*». Barcelona: Marcial Pons, 2006; Guerrero Lebrón, M.J. «*La responsabilidad contractual del porteador aéreo en el transporte de pasajeros*». Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. Gutiérrez García de Cortázar, E. y J. López Quiroga. «La resolución arbitral de conflictos en el contrato de transporte aéreo regulado en el Convenio de Montreal de 1999». *Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial*, dezembro 2009, pp. 56-60. Rueda Valdivia, R. «Responsabilidad del transportista aéreo internacional y arbitraje». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1999.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional.

Arbitraje ambiental

Se denomina arbitraje ambiental al método de resolver las controversias que suscita la protección del medio ambiente y el desarrollo económico y social a través de fórmulas no jurisdiccionales ordinarias. Apenas

Estados Unidos de América cuenta con un imaginativo sistema de resolución alternativa de conflictos en sede administrativa ambiental (*Administrative Dispute Resolution Act* (ADR) de 1996), a través de técnicas que prevén expresamente medidas alternativas a las jurisdiccionales para la resolución de disputas en estas materias, entre ellas el arbitraje administrativo ambiental, usualmente utilizado por la Agencia de Protección norteamericana en materia de conservación y recuperación de recursos, de protección atmosférica, o de contaminación de aguas, operando a partir de la suscripción por las partes afectadas (grupos o colectivos ambientales y operadores económicos), de un contrato de compromiso con sometimiento expreso a la fórmula arbitral.

En el resto de ordenamientos, en cambio, la cuestión del arbitraje ambiental precisa aún del necesario desarrollo, tanto normativo como jurisprudencial y dogmático. Sin perjuicio de las alusiones genéricas a la actividad arbitral de las Administraciones en las legislaciones generales y sectoriales de algunos Estados, son excepción aquéllos que han incorporado a sus normativas reglas sobre arbitraje ambiental. Como muestra, en España apenas se cuenta con una norma regional, la Ley de Protección General del Medio Ambiente del País Vasco n.º 3/1998, de 27 de febrero de 1998, en cuyo articulado se dispone que los procedimientos derivados de su aplicación podrán concluir mediante acuerdo entre el solicitante y la Administración competente y terceros afectados.

Por otro lado, es frecuente que las legislaciones sobre procedimiento administrativo de los distintos Estados permitan el sometimiento a arbitraje de los sujetos públicos territoriales en términos tan *sui generis* como limitados: cuando una Ley específica y sectorial así lo justifique, y siempre que dicho eventual arbitraje se sustancie ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, y en cualquier caso, con respeto a los principios, garantías y plazos que esta Ley de procedimiento general reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo expediente administrativo. En consecuencia, el marco del arbitraje de derecho público queda habitualmente limitado

a su función sustitutiva de los métodos de impugnación administrativa ordinarios, siempre que una Ley así lo prevea. Se contempla al arbitraje, en fin, como un sistema alternativo a la solución de conflictos ya constituidos formalmente, y no de evitación *ab initio* de los mismos desde su mismo origen.

Por consiguiente, y salvo el caso de las sociedades mercantiles de capital público, a las que sí les son dables las fórmulas arbitrales en la solución de sus conflictos con terceros, e incluso sin necesidad alguna de autorización específica de la Administración matriz o previsión legal, en las restantes personificaciones sometidas al tráfico jurídico público, y de forma muy significativa en las Administraciones territoriales, el arbitraje aún tiene por delante un amplio camino que recorrer, no obstante su concurso en determinados ámbitos.

En el sector ambiental, en suma, no estamos propiamente ante una fórmula arbitral *stricto sensu* en el sentido apuntado, sino ante actos administrativos (sometidos, por tanto, al Derecho Administrativo), que se producen a través del uso instrumental de mecanismos arbitrales por parte de la Administración, pero que, una vez producidos, son enteramente susceptibles de ser llevados ante la jurisdicción contenciosa.

Al margen de esta limitada visión del arbitraje como un mero sustitutivo de los métodos habituales impugnatorios en cuestiones ambientales, se une la llamada actividad arbitral administrativa que, pese a su atractivo apelativo, en realidad esconde algo más prosaico: la mera terminación de un procedimiento administrativo.

En efecto, las normas de los distintos Estados suelen establecer la posibilidad de que sus Administraciones Públicas puedan concertar pactos o acuerdos con los ciudadanos para concluir procedimientos administrativos. E incluso prevén más: que tales acuerdos, pactos, convenios o soluciones con personas físicas o jurídicas, individuales o colectivas, tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomenda-

das esas propias Administraciones, entre ellas, la protección del medio ambiente y el desarrollo económico de sus sociedades.

Por consiguiente, cualesquiera procedimientos administrativos ambientales pueden ser, *a priori,* resueltos en sede pública por medio de una terminación convencional, si bien ello se supedita a que las propias Administraciones así lo deseen, toda vez que tienen dicho algunos Tribunales Constitucionales, como el español, que no cabe en este ordenamiento el arbitraje forzoso que impida o dificulte la función jurisdiccional (Ss.T.C. n.º 119/1993, o n.º 18/1994, entre otras).

En punto al interés público que gravita en torno a toda solución arbitral o pactada de los procedimientos administrativos con sustancia ambiental, su trasfondo residirá en demostrar y atajar, a través de los cauces legales pertinentes, como son los arbitrales, que una determinada actuación de defensa de la naturaleza con expreso amparo normativo convierte en infructuosa una concreta actividad económica o que, de otro modo, permite su existencia aunque limitando o condicionando sus nocivos efectos ecológicos. Por eso, si una sanción o un simple mandato de reparación ambiental se funda en criterios o estrategias alejadas de la problemática compaginación de valores ambientales y económicos, tales conductas habrán de reputarse contrarias a derecho, por muy correctos que hayan sido el procedimiento seguido en su gestación o las poderosas razones que se esgriman por quien demanda dichas exigencias.

De cuanto antecede se desprende, pues, la posibilidad de culminar los procedimientos administrativos ambientales a través de los cauces arbitrales guiándose por los criterios de fondo que apuran el punto de encuentro entre la protección ambiental y la defensa del desarrollo económico, aunque dichas soluciones queden habitualmente a disposición de las propias Administraciones y no dejen tampoco en manos de los ciudadanos el derecho subjetivo a impetrar dicho desenlace arbitral.

(Autor: Dr. Javier Junceda. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Internacional de Cataluña).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Bustillo Bolado, R. *Convenios y Contratos administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento*. Navarra: Aranzadi, 2001. Ferret i Jacas, J. «Límites al arbitraje administrativo». *Revista Andaluza de Administración Pública*, 1999, n.º 35. Junceda Moreno, J. «Arbitraje y Derecho del Medio Ambiente». En *AA.VV. El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, Primera Parte, vol. 3, 2007, pp. 183-198. Junceda Moreno, J. «Arbitraje Ambiental: avances y desafíos». *Revista Peruana de Análisis, prevención y gestión de conflictos*. Lima, 2009, n.º 2, pp. 88-945. López Menudo, F. «Arbitraje y Derecho Público». *Justicia Administrativa*, 1999, n.º 2, Rosa Moreno, J. *El arbitraje Administrativo*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. Trayter Jiménez, J.M. «El Arbitraje de Derecho Administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas». En Sánchez Morón, M., J.M. Trayter Jiménez y A. Sánchez Blanco. *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley n.º 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995.-Trayter Jiménez, J.M. «El arbitraje de Derecho Administrativo». *Revista de Administración Pública*, n.º 143, 1997. Tornos Mas, J. «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de conflictos administrativos». *Revista de Administración Pública*, 1995, n.º 136, 1995. *AA.V.V. Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público (IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía).* Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Terminación convencional de los procedimientos administrativos. Constitucionalidad del Arbitraje. Arbitraje. Arbitrabilidad. Arbitraje de Consumidores y Usuarios. Jurisprudencia arbitral.

Arbitraje arrendaticio

Como se deduce del propio nombre, el arbitraje arrendaticio es un tipo específico o especial de arbitraje (véase «arbitraje»): aquél resultante de relaciones contractuales arrendaticias, sean éstas urbanas o rústicas. Aplicando la definición general de arbitraje a este concreto ámbito, podemos decir que el arbitraje arrendaticio es aquel medio extrajudicial de resolución de conflictos que, teniendo su origen en el correspondiente convenio arbitral (véase «convenio arbitral»), trata de resolver disputas derivadas de

relaciones arrendaticias, urbanas o rústicas, que se resuelven a través de una resolución denominada laudo (véase «laudo»), que puede ser dictado en derecho o en equidad (véanse «arbitraje de derecho» y «arbitraje de equidad»). En definitiva, con la expresión «arbitraje arrendaticio» se hace referencia al arbitraje que resuelve las disputas surgidas con ocasión de relaciones contractuales arrendaticias, cuya resolución suele encomendarse a instituciones o asociaciones privadas (véase, por ejemplo, «Asociación Europea de Arbitraje [«AEADE»]). Por tanto, cabe distinguir un arbitraje en arrendamientos rústicos y otro en arrendamientos urbanos, según sea la naturaleza de la relación contractual de la que derive el conflicto.

Centrándonos en el ordenamiento jurídico español, la Ley española n.º 49/2003 de 26 de noviembre de 2003, define los arrendamientos rústicos como aquéllos que se constituyen mediante un contrato por el que una parte cede a la otra de forma temporal una o varias fincas rústicas o parte de ellas para su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal a cambio de un precio o renta (artículo 1). Pues bien, no cabe duda de que dicho ordenamiento admite el arbitraje en arrendamientos rústicos, pues el artículo 34 de la mencionada ley así lo permite expresamente, bajo los términos «las partes, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior (esto es, sin perjuicio de que "el conocimiento y resolución de los litigios que puedan suscitarse al amparo de esta Ley corresponderán a los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional civil"), podrán someterse libremente al arbitraje en los términos previstos en la legislación aplicable en la materia».

Mayores problemas se presentan en sede de arrendamientos urbanos en lo que se refiere a la arbitrabilidad (véase «arbitrabilidad») o no de ciertas materias o conflictos surgidos en esta materia (a saber, los desahucios), como ahora explicaremos más detenidamente. Según la Ley española que los regula actualmente, la Ley n.º 29/1994 de 24 de noviembre de 1994 (en adelante, LAU), «aplicable a los arrendamientos de fincas urbanas que se destinen a vivienda o a usos distintos del de vivienda» (artículo 1), los primeros se definen como «aquel arrendamiento que recae sobre una

edificación habitable cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario» (artículo 2.1) y los segundos como «aquel arrendamiento que recayendo sobre una edificación tenga como destino primordial uno distinto del establecido en el artículo anterior» (artículo 3.1).

Hasta aquí todo parece claro. Igualmente, existe una tendencia doctrinal y jurisprudencial (aunque lamentablemente no cabe hablar de unanimidad) a considerar que con la «nueva» (actualmente vigente) LAU carece de sentido el debate sobre la arbitrabilidad de los arrendamientos urbanos (como excepción puede citarse, por ejemplo, a Muñoz González), si bien existen posturas discrepantes, especialmente, en lo que se refiere a la arbitrabilidad del desahucio, fundamentalmente, debido a la utilización de un diferente concepto del mismo.

En este orden de consideraciones, mientras ilustres autores como Lorca Navarrete defienden abiertamente la arbitrabilidad de toda controversia arrendaticia, incluyendo el llamado desahucio arbitral, como también ha hecho parte de la jurisprudencia (*vid*., por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 4 de febrero de 1997 [AC 1997, 318]); otros autores de igual prestigio como Montero Aroca entienden que dicha postura ha de ser precisada o matizada en el sentido de que hay de distinguir entre lo que es propiamente el juicio de desahucio, derivado de una acción de desahucio, y las pretensiones o materias propiamente arrendaticias. En concreto, considera este segundo autor que los juicios de desahucio son competencia exclusiva de la jurisdicción, pues en él se otorga solamente una tutela sumaria, a la que se refiere el artículo 250.1.4º de la Ley española n.º 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LEC—, de forma que la sentencia dictada en el juicio verbal sumario carece de cosa juzgada al centrarse el juicio en un aspecto parcial del conflicto entre las partes y, en tal sentido, limitarse las alegaciones de las partes, el objeto de la prueba e, incluso, en ocasiones los medios de prueba y la cognición judicial; mientras que la materia arrendaticia es susceptible de arbitraje. Cosa distinta, según este mismo autor, es que en el arbitraje se pretenda la

resolución del contrato de arrendamiento por cualquier causa, como el subarriendo o incluso la falta de pago, siempre que con ello se pretenda una decisión con eficacia plena («plenaria») de cosa juzgada.

Dejando de lado los aludidos matices, la citada tendencia a estimar la arbitrabilidad de las materias arrendaticias urbanas (por lo menos, de las «plenarias») se desprendía:

1. En primer lugar, por la declaración expresa del artículo 39.5 LAU, según la cual las partes podían pactar el sometimiento de los litigios (sobre contratos suscritos bajo tal LAU) a los tribunales arbitrales de acuerdo con lo establecido en la entonces vigente Ley Arbitral española (Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988). Dicho precepto fue suprimido o derogado por la posterior LEC.

2. En segundo lugar, por la modificación que dicha LAU (en concreto, por la Disposición Adicional Séptima) realiza del artículo 30 de la entonces vigente Ley Arbitral española (la citada Ley n.º 36/1988), añadiendo un tercer apartado a cuyo tenor literal «en los procedimientos arbitrales que traigan causa de contratos sometidos al régimen jurídico de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a falta de pacto expreso de las partes, los árbitros deberán dictar el laudo en el término de tres meses, contado como se dispone en el número 1 de este artículo». La vigente LA ya no ha hecho distinción alguna en cuanto al tiempo para laudar, siendo en principio el de seis meses para resolver los conflictos derivados de toda materia, sea o no arrendaticia urbana.

3. Y, por último, la propia Exposición de Motivos de la LAU pergeña que hay que «recordar la posibilidad de que las partes en la relación jurídica puedan pactar, para la solución de sus conflictos, la utilización del procedimiento arbitral». Fíjese que se habla de «recordar», término que por propio significado implica la afirmación de que previamente también cabía la posibilidad de someter a arbitraje la materia arrendaticia, que nunca debió «contaminarse» con los planteamientos de

ius cogens del adjetivismo jurisdiccionalista (Lorca Navarrete, de forma que durante la vigencia de la anterior Ley española de Arrendamientos Urbanos de 1964 y del artículo 1561 (párrafo 1º) de la Ley española de Enjuiciamiento Civil de 1881 (cuyo tenor era «el conocimiento de las demandas de desahucio corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria») la jurisprudencia del Tribunal Supremo (pueden citarse, por ejemplo, las Sentencias de 21 de marzo de 1950, 24 de abril de 1971 y 3 de febrero de 1972) era unánimemente contraria a la posibilidad de someter a arbitraje las materias reguladas por aquella Ley como derecho imperativo (*ius cogens*) y no disponible para las partes y, especialmente, se mostraba contraria a la arbitrabilidad de la acción de desahucio, aunque afortunadamente dicha postura «contaminada» se fue flexibilizando pro arbitraje tras la entrada en vigor de la actual LAU, considerando tácitamente derogado el citado artículo 1561 o, sin serlo, que el alcance del mismo simplemente era el de «recordar» en el ámbito del desahucio lo dispuesto en el artículo 117.3 de la Constitución Española («el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las Leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan»), el cual, como tiene reiterado el Tribunal Constitucional (ya en su primeera Sentencia n.º 43/1988 de 16 de marzo de 1988), no impide a las partes que, en uso de su autonomía de la voluntad, opten por renunciar a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros (*vid*. SAP de Madrid de 16 de junio de 1997, Fundamento Jurídico Segundo).

Es cierto que tanto la doctrina como la jurisprudencia, inclusive entrada en vigor la actual LEC de 2000, han mostrado posturas contrarias o contradictorias al respecto (que —insistimos— parten incluso de un concepto diferente de desahucio, del que posee en sentido estricto) desde muy distintos puntos de vista, es decir, justificando la arbitrabilidad o no de las materias arrendaticias urbanas con argumentos bien diferentes. Así, por ejemplo, algunos autores han defendido su arbitrabilidad

equiparando el arbitraje a una institución plenamente jurisdiccional, mientras otros defienden que cabe el arbitraje por ser toda la materia arrendaticia urbana disponible, salvo algunas excepciones en que existen normas imperativas, lo que no es óbice para dicha arbitrabilidad, condicionada a su aplicación por los árbitros (véase «arbitrabilidades condicionadas»).

Pero también es cierto que la tendencia generalizada de la doctrina y jurisprudencia parece decantarse por la arbitrabilidad de las materias arrendaticias «plenarias», aunque —reiteramos— lamentablemente, no existe unanimidad. Y ello a pesar de que la vigente LAU fue clara al respecto, como se ha expuesto *supra*, y nada parece impedirlo en la vigente LEC de 2000 y con su entrada en vigor: al derogar ésta los artículos 38 a 40 de la LAU, simplemente quiso eliminar los trámites procesales especiales contenidos en las mismas para los procesos en materia arrendaticia, sin que ello deba suponer que hubo un cambio de criterio sobre la posibilidad de que la materia arrendaticia pudiera ser sometida a arbitraje. Como ha indicado y reiterado la propia jurisprudencia, «la finalidad de la disposición derogatoria única de la L.E.C. n.º 1/2000 era eliminar la maraña de procesos especiales diseminada por todo el ordenamiento jurídico, pero no suprimir la posibilidad del arbitraje arrendaticio convirtiendo en indisponible una materia que lo es esencialmente» (Auto de la Audiencia Provincial de Madrid —Sección 14.1— n.º 258/2010 de 17 de noviembre de 2010 [JUR 2011, 36516]).

Por citar algunas de las resoluciones de la jurisprudencia menor más recientes, cabe destacar, en sede de ejecución del laudo arbitral, el precitado Auto de la Audiencia Provincial de Madrid —Sección 14.ª— n.º 258/2010 de 17 noviembre de 2010 [JUR 2011, 36516]), que admite sin lugar a dudas el arbitraje en litigios de arrendamientos urbanos, correctamente haciendo especial hincapié en que la regulación del contrato de arrendamiento mediante normas imperativas no significa la existencia de un derecho indisponible que impida el arbitraje: las partes sólo renuncian a que su pretensión se ventile ante un órgano judicial, sin que ello impli-

que lo mismo respecto al derecho sustantivo aplicable ni a sus normas imperativas, «*de modo que el árbitro será el que deba aplicar las mismas*» (Auto n.º 146/2010 de 10 de junio de 2010 de la Sección 14.ª de la AP de Madrid [AC 2010, 1247], Razonamiento Jurídico Tercero). Otras resoluciones recientes que pueden verse en igual sentido son el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) n.º 344/2010 de 15 de diciembre de 2010 (JUR 2011, 78213); Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 25.ª) n.º 209/2010 de 12 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 37143); Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 9.ª) n.º 250/2010 de 11 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 36045); Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) n.º 270/2010 de 27 de octubre de 2010 (AC 2010, 2056); Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10.ª) n.º 272/2010 de 20 de octubre de 2010 (JUR 2011, 36164); y Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª) n.º 240/2010 de 20 de octubre de 2010 (JUR 2011, 36493).

En sede de anulación del laudo, puede verse la Sentencia n.º 498/2010, de 20 de octubre de 2010, de la Audiencia Provincial de Madrid —Sección 9.ª— (AC 2010, 1807), también a favor de la arbitrabilidad de estas materias o cuestiones arrendaticias.

Sin embargo, desde una posición contraria o adversa, algunos juzgados y tribunales se niegan a ejecutar los laudos contra los arrendatarios inquilinos o bien anulan laudos tras haberse ejercitado la correspondiente acción de anulación por el arrendatario inquilino argumentándolo o considerando (así puede resumirse), por un lado, que la materia arrendaticia comporta derechos indisponibles para las partes (por derivar de normas imperativas y ser irrenunciables —artículos 4.1 y 6 LAU—) y, por tanto, inarbitrables conforme al artículo 2.1 LA (a cuyo tenor «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho»); derechos indisponibles que, por otro lado y en íntima relación, son susceptibles de vulnerarse en los casos de resolución del conflicto mediante arbitraje de equidad; y, por último, que existen normas procesales —ya no las mencionadas materiales— sobre arrendamientos

que poseen carácter imperativo, como las relativas a la determinación del órgano judicial territorialmente competente para conocer de los juicios sobre arrendamientos de inmuebles y los de desahucio (artículo 52.1.7º LEC) o la posible enervación del desahucio (artículo 22.4 LEC).

En sede de ejecución de laudos arbitrales en materia de arrendamientos urbanos, pueden verse en el sentido expuesto el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21.ª) de 22 de enero de 2008 o el Auto de la Sección 20.ª de igual Audiencia Provincial de 13 de septiembre de 2007. Cabe destacar al respecto el reciente Auto de la AP de Madrid (Sección 25.ª) n.º 209/2010 de 12 de noviembre de 2010 (JUR 2011, 37143). Especialmente ilustrativa, también en este sentido, aunque ahora en sede de anulación del laudo arbitral arrendaticio urbano, es la SAP de Madrid de 22 de junio de 2009 (disponible en Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, 1, 2010, § 441. Se puede consultar en la web: www.cortevascadearbitraje.com, en la Sección: Base de datos de jurisprudencia procesal).

Nos resulta difícil entender la reticencia y poca confianza que algunos tribunales manifiestan al respecto de la arbitrabilidad de esta materia arrendaticia, sobre todo cuando existe una clara tendencia doctrinal y jurisprudencial y una sentada postura incluso del propio Tribunal Supremo, aunque en relación con la admisión del arbitraje en materia de Derecho Societario (*vid.*, por ejemplo, las Sentencias de 21 de marzo de 1985 [RJ 1985, 1193], de 19 de febrero de 1998 [RJ 1998, 1118], de 30 de noviembre de 2001 [RJ 2001, 9855] y de 26 de julio de 2003 [RJ 2003, 5861], así como, citando a estas dos últimas, el reciente Auto de la AP de Zaragoza [Sección 15.ª] n.º 63 de 12 de febrero de 2010 [AC 2010, 1098]), también «impregnado» de numerosas normas necesarias o de *ius cogens*, en virtud de la cual la existencia de normas imperativas no es obstáculo para someter el asunto regulado por las mismas a arbitraje (no hay que confundir imperatividad con indisponibilidad). En este sentido, no habría por qué impedir un arbitraje para solucionar un problema arrendaticio urbano, sea en derecho o en equidad, siempre y

cuando —claro está— si en el concreto conflicto hay normas imperativas en juego, éstas sean aplicadas por el árbitro. De no ser así, cabría pretender la anulación del laudo *ex* artículo 41.1.f) LA (por vulneración del orden público) cuando el órgano competente para conocer de esta acción de anulación estimase que dicha inaplicación es de tal entidad que constituye un atentado contra dicho orden.

Y no sólo eso. No cabe duda de que el mecanismo procesal de la enervación es una garantía para el arrendador de la que puede hacer uso y valerse el arrendatario; pero precisamente por eso —porque es una posibilidad— no cabe afirmar que estamos ante normas imperativas ni mucho menos aplicables al arbitraje. Si bien el arbitraje es también un proceso como el judicial —aunque mucho más flexible—, regido por los mismos principios de audiencia, contradicción e igualdad, lo cierto es que nos movemos ante planos diferentes: Jurisdicción y Arbitraje, de forma que los órganos arbitrales no son órganos jurisdiccionales, pese a su reconocida equivalencia reiterada por el Tribunal Constitucional (derivada, fundamentalmente, por la eficacia de los laudos equiparable a la de las sentencias: ambos son títulos ejecutivos). Por ello, ya es hora de dejar de lado ese empeño de pretender trasladar y aplicar al arbitraje normas pensadas única y exclusivamente para el proceso judicial y que sólo en esta sede tienen su sentido y, en su caso (como la competencia territorial para conocer de los procesos de arrendamientos de inmuebles y desahucios, no así la posible enervación), carácter imperativo.

Ante tal panorama desconcertador y de confusión, especialmente en los juzgados y tribunales, en que incluso dentro de una misma Audiencia Provincial sus Secciones mantienen criterios dispares, no nos resulta extraño que algunos abogados hayan afirmado, inclusive en la Red, que antes de acudir a una Asociación o Corte de Arbitraje para resolver un conflicto en materia de arrendamientos urbanos, hay que sopesar si se asume o no el riesgo de que, posteriormente, el laudo no se ejecute dependiendo del órgano jurisdiccional que conozca de la ejecución, porque, ante la mencionada oscuridad, parece que la solución más clara y

segura es ir desde un principio a la vía judicial para resolver el conflicto arrendaticio.

En cualquier caso, no compartimos la postura de aquellos abogados que atribuyen la «culpa» de dicha situación desconcertante a la falta de información proporcionada por las instituciones arbitrales. Así, si estamos a cualquiera de los laudos dictados, por ejemplo, por la Corte Vasca de Arbitraje en la materia que está siendo estudiada, puede observarse cómo se proporcionan argumentos jurídicos más que suficientes (dado que existen) para sostener la arbitrabilidad de la controversia. El problema reside en la reticencia o enorme desconfianza de los tribunales en el arbitraje y en su incorrecta interpretación de las leyes.

Dicho esto, creemos que el legislador tampoco está exento de responsabilidad. Se echa en falta la aclaración por la recientemente aprobada Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional de la Administración General del Estado, al igual que ha hecho con la materia societaria (arbitraje societario o estatutario) donde, como es sabido, abundan las normas imperativas. Así, la mencionada Ley de reforma ha introducido un artículo 11 *bis* y un artículo 11 *ter* que tratan expresamente dicha materia, indicando y regulando, entre otras cuestiones, que «las sociedades de capital podrán someter a arbitraje los conflictos que en ellas se planteen» (artículo 11 *bis* 1) y la anulación por laudo de acuerdos societarios inscribibles (artículo 11 *ter*).

Pues bien, igualmente podría haberse hecho con los arrendamientos. Y más cuando, como se indica en la misma Exposición de Motivos de la repetida Ley de reforma, se trata de impulsar la modernización de la Administración de Justicia mejorando aspectos de la LA que se han mostrado mejorables y así contribuir al fomento de los medios alternativos de resolución de conflictos y, especialmente, del arbitraje, al que las STC n.ºs 43/1988 y 62/1991 ya reconocieron la consideración de «equivalente jurisdiccional».

Sin duda ello contribuiría a conseguir una mayor seguridad jurídica, evitando esa desconfianza judicial sobre el arbitraje y resoluciones como las que, lamentablemente, hemos visto aún existen, y esa injusta mala imagen están adquiriendo instituciones arbitrales por administrar este tipo de arbitrajes.

Por otro lado, en relación con la posibilidad de celebrar arbitrajes arrendaticios en equidad de carácter interno en España, véase la voz «arbitraje comercial» y, en concreto, la aclaración 3.ª, aplicable, igualmente, en esta sede de arbitraje arrendaticio.

Por último, para acabar con esta voz y materia de arrendamientos urbanos, también es importante distinguir este concreto tipo de arbitraje de carácter privado (el arbitraje en arrendamientos urbanos y, exactamente, para uso de vivienda) del arbitraje de consumo (véase «arbitraje de consumidores y usuarios»), pues tras la entrada en vigor de la actual LAU se siguió debatiendo sobre si cabía someter a arbitraje de consumo los conflictos arrendaticios (Montero Aroca, J.).

Este debate tenía cierto sentido bajo la vigencia de la Ley Española General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios n.º 26/1984 de 19 de julio de 1984, que nada decía o definía sobre el concepto de empresario o profesional a sus efectos. En este orden de consideraciones, algunas juntas arbitrales de consumo (véase «Juntas Arbitrales de Consumo») venían aplicándola y admitiendo reclamaciones provenientes de arrendatarios contra arrendadores particulares, esto es, arrendadores que no se dedicaban a ello profesionalmente, entendiendo equiparable la posición del empresario a la del arrendador o, por lo menos, que nada decía el anterior Real Decreto regulador del Sistema Arbitral de Consumo n.º 636/1993 ni la citada Ley n.º 26/1984 sobre la necesidad de que en una relación de consumo interviniese un empresario o profesional —interpretación desde nuestro punto de vista harto discutible— (para más detalles, *vid*. nuestra obra *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, especialmente, pp. 82-93).

Fundamentalmente con la aprobación y entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias (aprobado por Real Decreto Legislativo n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007), esta cuestión ya ha perdido su sentido por lo siguiente: en primer lugar, porque el mismo Texto Refundido ha declarado expresamente que su ámbito de aplicación se circunscribe a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios (artículo 2), es decir, que aquel Texto, al regular su ámbito de aplicación, no sólo se refiere expresamente a los consumidores y usuarios, sino también a los empresarios, definiéndolo a sus efectos como «toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada» (artículo 4). Por lo tanto, se excluyen de su ámbito de aplicación las relaciones entre particulares. Y, en segundo lugar, porque su artículo 57.1 se refiere al arbitraje de consumo como el tipo de arbitraje institucional para resolver los «*conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios*». Siguiéndolo, el artículo 2.1 del Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, regulador del Sistema Arbitral de Consumo, lo califica de arbitraje institucional para resolver «los conflictos surgidos entre los consumidores o usuarios y las empresas o profesionales».

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Cortés Fresco, J.M. «Arbitraje en arrendamientos urbanos». En *Togas.biz*, n.º 73, 25 de octubre de 2007, edición electrónica (EDB n.º 2007/376631): http://online.elderecho.com/, consultada por última vez en marzo del 2011. Lorca Navarrete, A. M.ª. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004. *Idem*. «La admisión del desahucio arbitral por la jurisprudencia». En *http://www.diariojuridico.com/*, publicado el 14.10.2010 y consultado por última vez en marzo del 2011. Marcos Francisco, D. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, especialmente pp. 82-93. Marcos Francisco, D. «La resolución de litigios vía arbitraje en el ámbito de arrendamientos urbanos: una ocasión desaprovechada en un contexto de reformas proyectadas sobre arbitraje y procesos arrendaticios». En *Diario La Ley*, n.º 7624, Sección Doctrina, 6 de mayo

de 2011, pp. 1-12. Martín Bernal, J.M. «El poder de disposición en el arbitraje y en concreto en materia arrendaticia (I) y (II)». En *Boletín de Contratación Inmobiliaria El Derecho*, mayo 2009, n.º 57, edición electrónica (EDB 2009/25385 y EDB 2009/42405, respectivamente): online.elderecho.com. Mateu, C. «Los riesgos del arbitraje en arrendamientos urbanos», disponible en http://www.urbanoticias.com/noticias/hemeroteca/14713_los-riesgos-del-arbitraje-en-arrendamientos.shtml, publicada el 15 de octubre de 2010 y consultada en marzo del 2011. Montero Aroca, J. «Comentario al artículo 2. Materias objeto de arbitraje». En *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre)*. Barona Vilar, S. (Coord.). Navarra: Thomson-Civitas, 2004, esp. pp. 128-133. Muñoz González, L. «El desahucio arbitral». En *Actualidad Civil*, 1997, n.º 3, pp. 169-182.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitrabilidad. Arbitrabilidades condicionadas. Arbitraje de consumidores y usuarios. Arbitraje institucional (también llamado arbitraje administrado o corporativo). Atribución imperativa de jurisdicción. Juntas Arbitrales de Consumo.

Arbitraje comercial

Como se deduce del propio nombre, el arbitraje comercial se trata de un tipo específico o especial de arbitraje (véase «arbitraje»): aquél que tiene lugar en el ámbito comercial, resultante de relaciones mercantiles entre empresas. Aplicando la definición general de arbitraje a este concreto ámbito, podemos decir que el arbitraje comercial es aquel medio extrajudicial de resolución de conflictos que, teniendo su origen en el correspondiente convenio arbitral (véase «convenio arbitral»), trata de resolver disputas derivadas de relaciones comerciales, que se resuelven a través de una resolución denominada laudo (véase «laudo»), que puede ser dictado en derecho o en equidad (véanse «arbitraje de derecho» y «arbitraje de equidad»). En definitiva, con la expresión «arbitraje comercial» se hace referencia al arbitraje que resuelve las disputas surgidas entre empresarios con ocasión de sus relaciones comerciales, distinguiéndose así de otro tipo de arbitrajes sectoriales «privados» civiles, tales como el de consumo (véase «arbitraje de consumidores y usuarios») o el que tiene lugar entre particulares (por ejemplo, el arbitraje arrendaticio).

La definición expuesta inicialmente de «arbitraje comercial» debe ser completada y/o matizada por las siguientes consideraciones y aclaraciones:

1. En primer lugar, que en el ámbito comercial lo normal es acudir a una institución a la que se atribuya el encargo de administrar el arbitraje. Es decir, lo habitual es que los arbitrajes comerciales sean gestionados por instituciones existentes al efecto, ya sea para resolver asuntos de ámbito nacional, esto es, arbitrajes comerciales internos o domésticos o, si se prefiere, nacionales (véase «arbitraje nacional»), vinculados exclusivamente con un único país, o de ámbito internacional (véase «arbitraje comercial internacional») para resolver arbitrajes comerciales de este otro tipo (piénsese, por ejemplo, en el arbitraje institucional, tanto nacional como internacional, ofrecido en España por las Cortes de Arbitraje de las distintas Cámaras de Comercio, Industria y Navegación o por la Corte Española de Arbitraje del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación o, fuera de España, en el arbitraje ofrecido por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París). En resumen, aunque cabe la posibilidad de acudir a un arbitraje *ad-hoc* (véase «arbitraje *ad-hoc*») en el ámbito comercial, esto es, de que existan arbitrajes comerciales *ad-hoc*, esto es algo excepcional, siendo lo normal la existencia de arbitrajes comerciales institucionales (véase «arbitraje institucional»). Y todo ello sin perjuicio de que existen arbitrajes comerciales de carácter institucional para resolver los conflictos surgidos en determinados sectores de la actividad empresarial (véase, por ejemplo, «arbitraje aeronáutico»).

2. En segundo lugar, circunscribiéndonos a los arbitrajes internos, que la expresión de «relaciones comerciales o mercantiles» y el término o concepto de «empresario» conviene interpretarse en el ordenamiento jurídico español en un sentido amplio, esto es, abarcando «a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada» (artículo 4 del Texto

Refundido de la Ley para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007); concepto que viene a acoger el propio de la normativa comunitaria.

3. Por último, si bien actualmente en España cabe la posibilidad de celebrar tanto arbitrajes internos como internacionales en equidad, fueron proyectadas una serie de reformas de la vigente Ley Arbitral española que vedaban o prohibían los arbitrajes internos en equidad (salvo que se trataran de arbitrajes de consumo). De esta forma, en España no cabía celebrar y resolver arbitrajes internos de carácter comercial (ni de otro tipo, salvo —insistimos— de consumo) en equidad, solución harto discutible (seguimos en este punto la opinión de Lorca Navarrete) que, como explicamos *infra*, afortunadamente ha sido enmendada.

Expliquemos esto más detenidamente. Frente a la regla de la equidad del artículo 4 de la anterior Ley Arbitral española de 1988, el artículo 34.1 de la vigente Ley Arbitral vigente (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003 —en adelante, LA—) postula expresamente que los árbitros «*sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello*». La Exposición de Motivos de dicha LA (apartado VII) justificaba tal cambio en dos razones, a saber, la adaptación de nuestro ordenamiento a «la orientación más generalizada en el panorama comparado» y a las dudas de que la verdadera voluntad de las partes que se someten a arbitraje sin especificar la modalidad (en derecho o equidad) sea la de optar por la segunda. Estas razones, siguiendo a Esplugues Mota, ya eran susceptibles de ser cuestionadas. Por un lado, dicha orientación no es tan manifiesta como parece en el estricto plano nacional; por otro, quizá lo más sorprendente, el legislador, al regular dicha Ley Arbitral, cerraba los ojos a la práctica tan generalizada del uso del arbitraje de equidad (dadas sus ventajas) incluso desde la arcaica Ley Española de Arbitraje de Derecho Privado de 1953, que contenía una regla similar a la actual; y, por otro lado, cabe preguntarse desde cuándo

un legislador debe apoyarse en argumentos puramente subjetivos que no hacen sino mostrar su desconfianza por la equidad. Parecieron los legisladores olvidar que equidad no es arbitrariedad, sino resolución según el leal saber y entender de los árbitros. Y parece el legislador olvidar las ventajas de la equidad, como la de permitir a los árbitros decidir la controversia conforme a criterios flexibles y adecuados a las circunstancias del caso concreto; solución que parece la más coherente con un proceso (el arbitral) donde no es preceptiva la postulación procesal y el formalismo y rigurosidad propios del proceso judicial quedan en el olvido.

Si, como venimos diciendo, ya podía sorprender todo lo expuesto, mucho más sorprende la solución adoptada por el Proyecto de Ley de reforma de la vigente LA aprobado el 16 de julio del pasado año 2010. Así, los prelegisladores, pasando por alto el principio de autonomía de voluntad de las partes y la importancia de la libertad de las partes que inspira toda la LA y todo arbitraje para configurar el procedimiento arbitral, decidían eliminar los arbitrajes internos de equidad de cualquier tipo, excepto los de consumo. Y, lo que es peor, sin existir argumentos objetivos para ello. Se hablaba en la Exposición de Motivos del citado Proyecto de que «otras modificaciones de la Ley de Arbitraje buscan incrementar tanto la seguridad jurídica como la eficacia de estos procedimientos a la vista de la experiencia de estos últimos años. En esa línea se restringe el arbitraje de equidad, lógicamente sin afectar al ámbito específico del arbitraje de consumo». No acabamos de entender en qué medida afecta a la seguridad jurídica y a la eficacia de los arbitrajes el que se resuelvan en equidad, siendo este tipo de arbitraje una modalidad de arbitraje que funciona. Pero, la solución de los prelegisladores está muy clara: preferían apostar por la mediación, pretendiendo llevar todos los arbitrajes de equidad a procedimientos de mediación. En tal sentido, también se ha dicho en la Exposición de Motivos que «la regulación de la mediación propicia que este tipo de arbitraje se traslade a dicha institución, donde el acuerdo descansa en las partes y encuentra su lugar la figura del amigable componedor». Así las cosas, el artículo 34 de la LA quedaba redactado del siguiente modo: *«1. Los árbitros sólo*

decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello y se tratare de un arbitraje internacional».

No obstante, como adelantábamos, esta concreta reforma que venimos criticando, afortunadamente, no ha seguido adelante. Precisamente, el pasado 24 de febrero de 2011 se publicaba en el Diario Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) n.º 85-16 el Informe de la Ponencia sobre el Proyecto de Ley de Reforma de la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, tramitado con competencia legislativa plena. En el mismo queda suprimido el precepto del Proyecto de Ley que pretendía dicha modificación. Por ello, tras dicha rectificación o enmienda, acogida finalmente por la recientemente aprobada Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional de la Administración General del Estado, no hay problema alguno en que continúen existiendo y celebrándose en España arbitrajes internos, sean comerciales o de otro tipo, en equidad.

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *Diccionario jurídico*. *AA.VV.* Fernández Martínez, J.M. (Coord.). Pamplona: Aranzadi, 2006. *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre)*. Barona Vilar, S. (Coord.). Navarra: Thomson-Cívitas, 2004. *AA.VV. Comentarios a la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*. Garberí Llobregat, J. (Dir.), tomos I y II. Barcelona: Bosch, 2004. *AA.VV. Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Hinojosa Segovia, R. (Coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004. *AA.VV. Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Mateo Sanz, J.B. (Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2004. *AA.VV. Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre*. González Soria, J. (Coord.). Navarra: Aranzadi, 2004. *AA.VV. Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Hinojosa Segovia, R. (Coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004. Lorca Navarrete, A.M.ª *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004. *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Arias Lozano, D. (Coord.). Navarra:

Aranzadi, 2005. Cordón Moreno, F. *El arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2005. *AA.VV. Comentario a la Ley de Arbitraje*. Martín Muñoz, A. y S. Hierro Anibarro. (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2006. *AA.VV. La nueva Ley de Arbitraje*. Fernández Rozas, J.C. (Dir.) Madrid: Editorial CGPJ, 2006, 1.ª Ed. Lorca Navarrete, A.M.ª. «Se aprueba el proyecto de ley que reformará la vigente Ley de Arbitraje». En *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2010, n.º 3, pp. 625-627.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje aeronáutico. Arbitraje comercial internacional. Arbitraje de consumidores y usuarios. Arbitraje de derecho. Arbitraje de equidad. Arbitraje institucional. Arbitraje internacional. Arbitraje nacional. Cámara de Comercio Internacional (CCI). Convenio arbitral. Laudo.

Arbitraje comercial internacional

Para explicar el sentido de estos términos, lógicamente hemos de partir de la diferenciación entre arbitraje interno y arbitraje internacional, estando el primero vinculado exclusivamente con un único país, mientras que el segundo presenta elementos de extranjería o internacionalidad, esto es, conexiones de signo diverso con varios ordenamientos jurídicos (véase «arbitraje internacional»).

Así las cosas, el arbitraje comercial internacional puede definirse como aquel arbitraje que, encontrándose vinculado con diversos ordenamientos jurídicos, deriva de relaciones comerciales o mercantiles. Téngase en cuenta que el arbitraje comercial internacional ha de diferenciarse del arbitraje internacional en general, el cual también abarca materias o arbitrajes no comerciales (véanse «arbitraje» y «arbitraje comercial»).

En este sentido, necesariamente, hay que traer a colación la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985 (véase «Ley Modelo UNCITRAL»), importantísimo texto de *soft law* seguido por un gran número de Estados, que precisamente restringe o circunscribe su ámbito de aplicación a los arbitrajes interna-

cionales de carácter comercial (quedando fuera, por tanto, otros arbitrajes como por ejemplo los arbitrajes de consumo o de consumidores y usuarios internacionales). Igualmente, resulta de obligada referencia el Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional (véase «Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961 (Convenio de Ginebra)»), así como el Convenio de Nueva York, de 10 de junio de 1958, sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras (véase Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras), aunque este último no circunscrito al arbitraje comercial internacional.

Así las cosas, se hace preciso diferenciar tanto el carácter internacional como el comercial de un arbitraje para saber cuándo estamos ante un arbitraje comercial internacional.

1. Centrándonos en el carácter internacional del arbitraje, lo primero que procede es advertir que existe una aceptación generalizada en la doctrina acerca de la existencia de distintos factores o elementos que, relativos a las partes, a la naturaleza del litigio, a los árbitros, a la institución arbitral y a su localización, al desarrollo del procedimiento o al país en que se quiera reconocer o ejecutar el laudo dictado fuera de las fronteras nacionales, nos van a servir para determinar dicho carácter. Si estamos a las soluciones adoptadas en el ámbito del Derecho comparado, conviene destacar, por su importancia, las recogidas en los tres mencionados textos internacionales.

    1.1. Si estamos al Convenio de Nueva York, su ámbito de aplicación aparece recogido en su artículo I.1, a cuyo tenor literal «la presente Convención se aplicará al reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, y que tengan su origen en diferencias entre personas naturales o jurídicas. 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».

1.2. Por su parte, el Convenio de Ginebra regula su ámbito de aplicación en su artículo 1.1.a) y b), diciendo que se aplica a «a) A aquellos acuerdos o compromisos de arbitraje que, para solventar controversias o contiendas surgidas o por surgir de operaciones de comercio internacional, hubieren 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;
b) A los procedimientos y laudos arbitrales basados en los acuerdos o compromisos a que se alude más arriba en el párrafo 3, a) de este artículo». A pesar de que esta Convención nada dice sobre el concepto de «operaciones de comercio internacional», se ha aceptado unánimemente que las mismas tienen lugar cuando exista un movimiento transfronterizo de bienes, servicios y capitales.

1.3. Los requisitos que ha de reunir un arbitraje para ser considerado internacional según los artículos 1.3 y 1.4 de la repetida Ley Modelo, resultan de una combinación de un conjunto de elementos territoriales (de base subjetiva y objetiva) con la autonomía de la voluntad de las partes. Así, «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.

1.4. 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».

2. Conviene centrarse ahora en el calificativo de comercial proporcionado por este último e importantísimo texto de *soft law.* Dejando de lado lo criticable que puede resultar el inusual mecanismo empleado por la Ley Modelo de utilizar una nota a pie de página para aludir o concretar el término «comercial», lo cierto es que dicha nota constituye una guía de interpretación de tal término (no se trata de una definición en sentido estricto, tal y como pergeña la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su nota explicativa acerca de la Ley Modelo —Segunda Parte—), dejando claro su sentido amplio, incluyendo tanto relaciones contractuales como extracontractuales y proporcionando un *numerus apertus* de transacciones que pueden calificarse de comerciales. Así, según el tenor literal de esta nota a pie de página «debe darse una interpretación amplia a la expresión «comercial» para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro *(factoring)*, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra *(leasing)*, construcción

> de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera». La mencionada Secretaría justifica la falta de una definición estricta en «soslayar toda dificultad técnica que pudiere surgir, por ejemplo, al determinar las operaciones que deberían regirse por un determinado texto de Derecho Mercantil que exista en algún ordenamiento jurídico».

Algunos Estados u ordenamientos jurídicos, como es el caso del español (mediante su Ley Arbitral n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003), se han limitado a incorporar una definición del carácter internacional del arbitraje y a guardar completo silencio sobre el carácter comercial del mismo; otros, incorporan la mencionada nota a pie de página de la Ley Modelo; e, incluso, otros, como el californiano (Section 1297.16 de su Código de Procedimiento Civil), incluyen expresamente en este término los «servicios profesionales». Centrándonos en la reciente Ley n.º 8937 de 27 de abril de 2011, Ley sobre Arbitraje Comercial Internacional, basada en la Ley Modelo, la misma incorpora literalmente el significado de las expresiones «internacional» (artículo 1.3) y «comercial» (artículo 2.g) contemplado por esta Ley.

Parece claro que la solución pasa por interpretar lo «comercial» con un sentido amplio que incluya toda materia que surja de relaciones de naturaleza comercial, con independencia de si las partes en conflicto son comerciantes según sus leyes nacionales, tal y como se reseñaba en los trabajos preparatorios y versión proyectada de la Ley Modelo (*vid*. A/CN. 9/168, para. 11).

Dicho todo lo anterior, siguiendo a Gómez Jene, no podemos dejar de destacar la enorme relevancia y el gran éxito del arbitraje comercial internacional, motivado tanto por los numerosos interrogantes y temores que presenta la vía judicial en el plano internacional como por las propias ventajas para el operador (entre otras, autonomía de la

voluntad, rapidez, especialización, economía de costes y facilidad del reconocimiento del laudo). En cuanto a esta última ventaja, derivada del carácter restringido de los motivos de denegación del *exequatur* (véase «*exequatur*») del laudo (véase «laudo») extranjero que contempla el Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (véase «control judicial (del arbitraje)» *in fine* y «acción de nulidad»), hay que decir que para autores como Martínez-Fraga, sin dejar de reconocer las laudables contribuciones teórico-prácticas de este Convenio en el campo del arbitraje comercial internacional, presenta el punto frágil de sostener que los países firmantes se esforzarán al máximo para adherirse a lo establecido en el artículo V sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.

Una prueba del mencionado éxito del arbitraje comercial internacional son las estadísticas que anualmente publican las instituciones especializadas en su administración (téngase en cuenta que, al igual que ocurre con el arbitraje comercial de carácter interno, lo normal es que los de carácter internacional se gestionen por instituciones al efecto, y no que sean arbitrajes *ad-hoc*), que manifiestan un aumento de los arbitrajes gestionados y resueltos. Así, por ejemplo, mientras en el año 2008 la Corte de la Cámara de Comercio Internacional recibió 663 demandas de arbitraje y se dictaron 415 laudos, en el 2009 tal Corte recibió 407 demandas de arbitraje y se dictaron 415 laudos y en el año 2010 dicha Corte recibió 793 demandas de arbitraje y se dictaron 478 laudos (*vid*. http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=41190.

No cabe duda de que, sin perjuicio de la contribución del Convenio de Nueva York, la Ley Modelo ha jugado un papel crucial en el gran desarrollo y extensión del arbitraje comercial internacional, sobre todo teniendo en cuenta su consideración y compromiso entre las diferentes tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona. Inclusive, parece existir una tendencia generalizada, si bien hay importantes excepciones, a unificar la regulación tanto del arbitraje doméstico o nacional

como del arbitraje internacional, esto es, a la implantación de sistemas monistas (véase «sistema monista *versus* sistema dualista»).

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre)*. Barona Vilar, S. (Coord.). Madrid: Thomson-Civitas, 2004. *AA.VV. Comentarios a la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*. Garberí Llobregat, J. (Dir.), tomos I y II. Barcelona: Bosch, 2004. *AA.VV. Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Hinojosa Segovia, R. (Coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004. *AA.VV. Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*, Mateo Sanz, J.B. (Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2004. *AA.VV. Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre*. González Soria, J. (Coord.). Navarra: Aranzadi, 2004. *AA.VV. Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Hinojosa Segovia, R. (Coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004. *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Arias Lozano, D. (Coord.). Navarra: Aranzadi, 2005. *AA.VV. Comentario a la Ley de Arbitraje*. Martín Muñoz, A. y S. Hierro Anibarro (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2006. *AA.VV. La nueva Ley de Arbitraje*. Fernández Rozas, J.C. (Dir.). Madrid: Editorial CGPJ, 2006, 1.ª Ed. *AA.VV.* Conejero Roos, C., A. Hierro Hernández-Mora, V. Macchia y Carlos Soto Coaguila. (Coord.). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. Buenos Aires: La Ley, 2009. Binder, P. *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*. Navarra: Thomson Reuters, 2010. Cordón Moreno, F. *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de Arbitraje*. Madrid: Thomson-Civitas, 2005. Craig, W.L., W.W. Park y J. Paulsson. *International Chamber of Commerce Arbitration*. Nueva York: Oceana, 2000, 3.ª Ed., pp. 550-551. Gómez Jene, M. *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de 2003*, Colex, 2007. Lorca Navarrete, A. M.ª. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004. Martínez-Fraga, P.J. *The American influence on international commercial arbitration. Doctrinal developments and discovery methods*. Cambridge, 2009.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Arbitraje. Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje comercial. Arbitraje de consumidores y usuarios. Arbitraje de derecho. Arbitraje de equidad. Arbitraje institucional. Arbitraje internacional. Arbitraje nacional. Cámara de Comercio Internacional (CCI). Control judicial (del arbitraje). Convenio arbitral. Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Eje-

cución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras). Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961 (Convenio de Ginebra). *Exequatur*. Laudo. Ley Modelo UNCITRAL. Sistema monista *versus* sistema dualista.

Arbitraje comercial internacional

Para explicar el sentido de estos términos, lógicamente hemos de partir de la diferenciación entre arbitraje interno y arbitraje internacional, estando el primero vinculado exclusivamente con un único país, mientras que el segundo presenta elementos de extranjería o internacionalidad, esto es, conexiones de signo diverso con varios ordenamientos jurídicos (véase «arbitraje internacional»).

Así las cosas, el arbitraje comercial internacional puede definirse como aquel arbitraje que, encontrándose vinculado con diversos ordenamientos jurídicos, deriva de relaciones comerciales o mercantiles. Téngase en cuenta que el arbitraje comercial internacional ha de diferenciarse del arbitraje internacional en general, el cual también abarca materias o arbitrajes no comerciales (véanse «arbitraje» y «arbitraje comercial»). En este sentido, necesariamente hay que traer a colación la Ley Modelo de Arbitraje Comercial Internacional aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional el 21 de junio de 1985 (véase «Ley Modelo UNCITRAL»), que precisamente restringe o circunscribe su ámbito de aplicación a los arbitrajes internacionales de carácter comercial (quedando fuera, por tanto, otros arbitrajes como, por ejemplo, los arbitrajes de consumo o de consumidores y usuarios internacionales). Igualmente, resulta de obligada referencia el Convenio de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional (véase «Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961 (Convenio de Ginebra)»).

A efectos de no incurrir en redundancias y explicar aquí y ahora los requisitos que ha de reunir un arbitraje para ser considerado internacional según los artículos 1.3 y 1.4 de la mencionada Ley Modelo (véase «arbitraje

internacional»), nos centraremos aquí en el calificativo de comercial proporcionado por dicha Ley. Dejando de lado lo criticable que puede resultar el inusual mecanismo empleado por la Ley Modelo de utilizar una nota a pie de página para aludir o concretar el término «comercial», lo cierto es que dicha nota constituye una guía de interpretación de tal término (no se trata de una definición en sentido estricto, tal y como pergeña la Secretaría de la CNUDMI en su nota explicativa acerca de la Ley Modelo —Segunda Parte—), dejando claro su sentido amplio, incluyendo tanto relaciones contractuales como extracontractuales y proporcionando un *numerus apertus* de transacciones que pueden calificarse de comerciales. Así, según el tenor literal de esta nota a pie de página «debe darse una interpretación amplia a la expresión 'comercial' para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro *'factoring'*, arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra *'leasing'*, construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera». La mencionada Secretaría justifica la falta de una definición estricta en «soslayar toda dificultad técnica que pudiere surgir, por ejemplo, al determinar las operaciones que deberían regirse por un determinado texto de derecho mercantil que exista en algún ordenamiento jurídico».

Algunos Estados u ordenamientos jurídicos, como es el caso del español (mediante su Ley Arbitral n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003), se han limitado a incorporar una definición del carácter internacional del arbitraje y a guardar completo silencio sobre el carácter comercial del mismo; otros, incorporan la mencionada nota a pie de página de la Ley Modelo; e, incluso, otros, como el californiano (Section 1297.16 de su

Código de Procedimiento Civil), incluyen expresamente en este término los «servicios profesionales». Parece claro que la solución pasa por interpretar lo «comercial» con un sentido amplio que incluya toda materia que surja de relaciones de naturaleza comercial, con independencia de si las partes en conflicto son comerciantes según sus leyes nacionales, tal y como se reseñaba en los trabajos preparatorios y versión proyectada de la Ley Modelo (*vid*. A/CN. 9/168, para. 11).

Dicho todo lo anterior, siguiendo a Gómez Jene, no podemos dejar de destacar la enorme relevancia y el gran éxito del arbitraje comercial internacional, motivado tanto por los numerosos interrogantes y temores que presenta la vía judicial en el plano internacional como por las propias ventajas para el operador (entre otras, autonomía de la voluntad, rapidez, especialización, economía de costes y facilidad del reconocimiento del laudo). En cuanto a esta última ventaja, derivada del carácter restringido de los motivos de denegación del *exequatur* (véase «*exequatur*») del laudo (véase «laudo») extranjero que contempla el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958 (véase «control judicial (del arbitraje)» *in fine* y «acción de nulidad»), hay que decir que para autores como Martínez-Fraga, sin dejar de reconocer las laudables contribuciones teórico-prácticas de este Convenio en el campo del arbitraje comercial internacional, presenta el punto frágil de sostener que los países firmantes se esforzarán al máximo para adherirse a lo establecido en el artículo V sobre el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.

Una prueba del mencionado éxito del arbitraje comercial internacional son las estadísticas que anualmente publican las instituciones especializadas en su administración (téngase en cuenta que, al igual que ocurre con el arbitraje comercial de carácter interno, lo normal es que los de carácter internacional se gestionen por instituciones al efecto, y no que sean arbitrajes *ad-hoc*), que manifiestan un aumento de los arbitrajes gestionados y resueltos. Así, por ejemplo, mientras en el año 2008 la

Corte de la Cámara de Comercio Internacional recibió 663 demandas de arbitraje y se dictaron 415 laudos, en el 2009 tal Corte recibió 407 demandas de arbitraje y se dictaron 415 laudos y en el año 2010 dicha Corte recibió 793 demandas de arbitraje y se dictaron 478 laudos (*vid*. http://www.iccwbo.org/court/arbitration/index.html?id=41190).

No cabe duda de que, sin perjuicio de la contribución del Convenio de Nueva York, la Ley Modelo ha jugado un papel crucial en el gran desarrollo y extensión del arbitraje comercial internacional, sobre todo teniendo en cuenta su consideración y compromiso entre las diferentes tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona. Tanto es así que existe una clara tendencia generalizada a unificar la regulación tanto del arbitraje doméstico o nacional como del arbitraje internacional, esto es, una clara tendencia a la implantación de sistemas monistas (véase «sistema monista *versus* sistema dualista»).

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre*). Barona Vilar, S. (Coord.). Madrid: Thomson-Cívitas, 2004. *AA.VV. Comentarios a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Legislación*. Garberí Llobregat, J. (Dir.) tomos I y II. Barcelona: Bosch, 2004. *AA.VV. Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Hinojosa Segovia, R. (Coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2004. *AA.VV. Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Mateo Sanz, J.B. (Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2004. *AA.VV. Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre*. González Soria, J. (Coord.). Navarra: Aranzadi, 2004. *AA.VV. Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje*. Hinojosa Segovia, R. (Coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas del Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004. *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje de 2003*. Arias Lozano, D. (Coord.). Navarra: Aranzadi, 2005. Cordón Moreno, F. *El arbitraje de Derecho privado. Estudio breve de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2005. *AA.VV. Comentario a la Ley de Arbitraje*. Martín Muñoz, A. y S. Hierro Anibarro (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2006. *AA.VV. La nueva Ley de Arbitraje*. Madrid: Fernández Rozas, J.C. (Dir.). Madrid: Editorial CGPJ, 2006, 1.ª Ed. Gómez Jene, M. *El arbitraje internacional en la Ley de Arbitraje de*

2003. Madrid: COLEX, 2007. Martínez-Fraga, P.J. *The American influence on international commercial arbitration. Doctrinal developments and discovery methods*. Cambridge, 2009. Binder, P. *International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions*. Navarra: Thomson Reuters, 2010.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Arbitraje. Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje comercial. Arbitraje de consumidores y usuarios. Arbitraje de derecho. Arbitraje de equidad. Arbitraje institucional. Arbitraje internacional. Arbitraje nacional. Cámara de Comercio Internacional (CCI). Control judicial (del arbitraje). Convenio arbitral. Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de Ginebra de 1961 (Convenio de Ginebra). Exequátur. Laudo. Ley Modelo UNCITRAL. Sistema monista *versus* sistema dualista.

Arbitraje concursal internacional

La determinación de cuál es el tratamiento que debe darse a los convenios arbitrales ante situaciones de concurso de acreedores de carácter internacional, es una cuestión problemática y discutida, ya que se trata de una materia compleja que carece de regulación específica, tanto desde el punto de vista arbitral como concursal.

La norma comunitaria básica que regula los procedimientos concursales internacionales es el Reglamento CE n.º 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre Procedimientos de Insolvencia, que establece reglas uniformes sobre competencia judicial internacional, determinación del derecho aplicable, coordinación entre procedimientos de insolvencia y reconocimiento de decisiones judiciales. Además, existen toda una serie de Directivas Comunitarias que regulan la insolvencia de entidades que operan en determinados sectores y que requieren de una supervisión especial.

Sobre la base de la normativa comunitaria, el concurso internacional se regula también en el ordenamiento español interno, en concreto en los artículos 10, 11 y 199 a 230 de la Ley n.º 22/2003 de 9 de julio de 2003 o Ley Concursal. Esta norma recoge fielmente el modelo seguido en el

Reglamento comunitario, que se caracteriza por dejar prácticamente sin efecto la *vis attractiva concursus* que, a diferencia de lo que ocurre en los casos de concurso nacional, queda muy suavizada, respetándose así la mayoría de reglas generales ordinarias o extraconcursales, de competencia.

Para poder establecer cuál es el tratamiento que debe darse a un convenio arbitral celebrado por el concursado antes de la declaración de apertura del concurso internacional habrá que definir cuál de las dos vertientes de los convenios arbitrales —contractual y procesal—, ha de prevalecer.

Si se entiende que prevalece la naturaleza contractual, a estos convenios arbitrales celebrados antes de la declaración de concurso se les aplicará lo dispuesto en la *lex fori concursus*. Así, si el procedimiento concursal internacional se abriera en España, se aplicaría lo dispuesto en el artículo 52.1 de la Ley Concursal y el convenio arbitral sería ineficaz mientras dure la tramitación del concurso.

Sin embargo, tiene más sentido admitir que ha de prevalecer la vertiente procesal del convenio arbitral, ya que con ello las partes están atribuyendo competencia a un determinado órgano (el árbitro) para que resuelva sus eventuales controversias, por lo que se le aplicarán las normas extraconcursales, de modo que el convenio arbitral no se someterá al mismo tratamiento concursal que se otorga al resto de contratos. De hecho, si no se reconociera la superioridad de la vertiente procesal del convenio arbitral sobre la contractual, el principio esencial del arbitraje de competencia sobre la competencia carecería de sentido.

De este modo, las reglas sobre concurso internacional, al contrario de lo que ocurre con los casos de concurso nacional, rechazan la *vis attractiva concursus* y no modifican las reglas de competencia extraconcursales o arbitrales. A través del convenio arbitral, las partes fijan el marco competencial en el que desean resolver las eventuales controversias que

pudieran surgir entre ellas, y el sistema concursal internacional obliga a respetar esa decisión. El hecho de que el marco competencial seleccionado por las partes atribuya la competencia a unos árbitros en lugar de a jueces estatales, carece de relevancia a efectos concursales.

De este modo, tanto el Reglamento de Insolvencia como la Ley Concursal española mantienen la validez de los convenios arbitrales en caso de concurso internacional, pese a que la *lex concursus* establezca lo contrario.

Y esto es así independientemente de que se califiquen como normas concursales o como normas sobre arbitrabilidad, ya que, de lo contrario, nos encontraríamos en una situación en la que el ordenamiento nacional estaría alterando la regla de competencia básica prevista en el ordenamiento comunitario, lo cual resulta inadmisible.

Respecto de la validez de los convenios arbitrales celebrados con posterioridad a la declaración de apertura del concurso internacional, habrá que verificar si se cumplen los requisitos impuestos tanto por las normas concursales como arbitrales o extraconcursales. Por ejemplo, ante la incapacidad del deudor para celebrar acuerdos arbitrales, habrá que analizar, desde un punto de vista extraconcursal, si los administradores de la sociedad pueden firmar convenios arbitrales en nombre de ésta; y, desde un punto de vista concursal, si ese acuerdo necesita la autorización de la administración concursal, según se trate de un supuesto de mera intervención o de auténtica sustitución de las facultades de administrar y disponer del deudor.

En cuanto a los procedimientos arbitrales que se encontraran pendientes al momento de la declaración de apertura del concurso internacional y que guarden relación con un bien o derecho de la masa, se aplicarán los mismos efectos que a los procedimientos judiciales declarativos abiertos, es decir, se regirán por la ley del Estado en que se esté tramitando el procedimiento arbitral.

Ahora bien, la remisión a la *lex fori* no incluye las reglas sobre competencia internacional, que siguen estando sometidas al régimen uniforme establecido por el Reglamento y que excluye el juego de la *vis attractiva concursus*, por lo que los árbitros deberán ignorar las normas del Estado de la sede del arbitraje, cuando éstas impusieran la suspensión del arbitraje mientras durase la tramitación del concurso o la inhibición de los árbitros a favor del juez del concurso.

Por tanto, en caso de apertura de concurso internacional, el procedimiento arbitral internacional que se estuviera tramitando continuará su desarrollo, aunque las reglas concursales nacionales señalaran lo contrario. Sin embargo, la tramitación del procedimiento arbitral podría verse afectada por eventuales alteraciones impuestas por la *lex concursus*.

(Autores: Pedro Claros Alegría. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Claudia Velasco Papineschi, Abogada Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Heredia Cervantes, I. *Arbitraje y Concurso Internacional*. Cuadernos Civitas, 2008.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje concursal. Convenio arbitral. *Kompetenz-kompetenz*. Reglamento n.º 1346/2000.

Arbitraje consular

El arbitraje consular es una figura particular dentro del arbitraje, en la cual la controversia es resuelta por un árbitro que posee la condición de Cónsul o, para ser más exactos, la condición de «funcionario consular» en los términos que describe el artículo 1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963. Es decir, que dentro de la figura del arbitraje consular, el árbitro es «toda persona, incluido el jefe de oficina consular, encargada con ese carácter del ejercicio de funciones consulares».

Se trata de un arbitraje particular porque, en primer lugar, la actividad arbitral de un Cónsul no deja de ser el ejercicio de una función pública que es ejercida —como toda función consular— en el territorio de un Estado (el Estado receptor); por lo que, además, esta función arbitral tiene una doble regulación: el Derecho Interno y el Derecho Internacional Público. Pues, todo Cónsul ejerce sus funciones dentro de la legalidad que el Derecho Internacional establece y, tales funciones, han de ser respetuosas y no contrarias a la ley del Estado receptor.

En segundo lugar, la particularidad también viene dada porque esa función arbitral debe estar contemplada (o no prohibida) en el Estado del país que acredita al Cónsul y por la ley del Estado receptor, ya que de otra manera podríamos estar ante una cláusula arbitral imposible o ante una claúsula patológica.

En tercer lugar, el arbitraje consular es un arbitraje particular porque la ley que rige el arbitraje (no la cuestión de fondo) no sería la ley del lugar del arbitraje, sino por la ley del Estado acreditante de la Misión Consular (salvo excepciones que encuentren cobertura legal con perfecta sintonía entre el ordenamiento del Estado que acredita a la Misión Consular y en el Estado receptor de esa Misión Consular).

Por otro lado, la figura del *Cónsul-arbitro* —y la del arbitraje consular— no es una mera hipótesis doctrinal, ni ninguna novedad del presente milenio, sino que ha sido prevista en la ley interna de los Estados. Ya Maresca se refería a esta figura en su obra *Le relazioni consulari* (1968), tomando como punto de partida la Ley Consular italiana vigente en aquel entonces y enfatizando en que este arbitraje cabe sólo si las partes son nacionales del Estado que acredita a la Misión Consular.

En conexión con lo expuesto, no debe dejarse de lado que la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 prevé que es función consular «proteger en el Estado receptor los intereses del Estado que envía y de sus nacionales, sean personas naturales o jurídicas». A

nadie escapa que la solución de las controversias entre sus connacionales es interés legítimo de todo Estado.

Asimismo, de un modo más específico, al referirse a las funciones consulares de índole marítima, la Convención de 1963 señala que corresponde al Cónsul «resolver los litigios de todo orden que se planteen entre el capitán, los oficiales, los marineros, siempre que lo autoricen las leyes y reglamentos del Estado que envía». A nuestro parecer, estos litigios pueden ser de naturaleza arbitral donde el árbitro podría ser el Cónsul de la nacionalidad de las partes siempre que la ley de Estado del Cónsul no lo prohíba.

Retomando a Maresca, es importante decir que el laudo arbitral puede ser ejecutable en el territorio del Estado que acredita al Cónsul-árbitro; pero, por el contrario, si el laudo de un Cónsul-árbitro ha de ser ejecutado en el territorio del Estado donde está acreditado, entonces será necesario obtener previamente un exequátur para su ejecución.

En resumen, a la pregunta de si es posible un arbitraje consular, la contestación es que sí sería posible si no lo prohíbe la ley del Estado que acredita al Cónsul y si la ley del Estado receptor tampoco lo prohíbe.

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Maresca, Adolfo. *Las Relaciones Consulares.* Madrid: Aguilar, 1974.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje internacional. *Exequatur*.

Arbitraje corporativo (ver «Arbitraje institucional»)

Arbitraje de consumidores y usuarios

Toda referencia al sistema arbitral de consumo nos sitúa en el problema del acceso del consumidor individual a la justicia. Por todos es conocida la situación de debilidad en la que se encuentra el consumidor frente al empresario en las relaciones comerciales, lo que requiere una intervención de los poderes públicos, tal y como predica nuestro artículo 51 CE, tendente a conseguir una situación de igualdad entre ambos. De este modo, el ulterior desarrollo legislativo de este principio rector de la política social y económica ha atribuido diferentes derechos a los consumidores, de tal modo que puedan ejercerlos ante situaciones en las que éstos se puedan ver vulnerados.

Sin embargo, instaurar derechos sin poner a disposición de sus titulares los adecuados mecanismos que garanticen su ejercicio efectivo privaría a estos derechos de todo su valor y eficacia práctica, por lo que es indispensable asegurar al consumidor una serie de canales jurídicos, sencillos, rápidos, eficaces y poco costosos, para que pueda hacer valer sus derechos, en caso de violación de los mismos. Es, por tanto, en este contexto, donde hay que enmarcar el nacimiento del arbitraje de consumo que además, como veremos a continuación, va a enmarcarse dentro de la estructura orgánica de las Administraciones Públicas, configurándose como una verdadera prestación que éstas realizan a favor de los consumidores, dando a sí plena eficacia al mandato establecido en el citado artículo 51 de la Constitución Española.

El sistema arbitral de consumo tiene su base legal en el artículo 57 TRLGDCU. Este precepto que no pasa de ser una mera declaración de intenciones, postula un sistema arbitral basado en los siguientes elementos y principios, que sin duda alguna precisan de un desarrollo ulterior, con el fin de dar sustantividad propia al mismo: antiformalismo del procedimiento; de carácter decisorio; imponiéndose a las partes si no acuden a él; de libre elección y sometimiento por parte de los interesados; alternativo de la actuación judicial; y administrado en cuanto

a la organización preestablecida del arbitraje en la designación de los árbitros.

El arbitraje de consumo es un arbitraje institucional o, mejor podría definirse como administrativizado, debido a la especial estructura orgánica con la que el RD n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, ha diseñado el mismo. Los órganos que componen el sistema arbitral de consumo son las Juntas Arbitrales de Consumo y los Colegios Arbitrales, si bien debe señalarse desde un primer momento que las primeras tienen un carácter permanente (que por cierto es uno de los rasgos esenciales del arbitraje institucional) mientras que los segundos son tan fútiles como lo sea la cuestión litigiosa que se les somete, pues mientras aquéllas cumplen la función de administración del arbitraje y designación de los árbitros, como si de una institución o corporación arbitral se tratara, los otros desarrollan la función arbitral propiamente dicha, concluyendo con el laudo.

De este modo las Administraciones Públicas van a jugar un papel fundamental en el buen desarrollo de este sistema de arbitraje, puesto que no sólo van a proporcionar la sede y los medios materiales y personales para el funcionamiento de los órganos arbitrales, sino que además van a estar vivamente representadas en los mismos en la forma que a continuación se expondrá y con las consecuencias jurídicas que de ello se desprenden. Esta administrativización del arbitraje de consumo fue en un principio duramente criticada por la doctrina por motivos diversos, si bien en la actualidad se ha mostrado como un sistema rápido y eficaz de resolución extrajudicial de conflictos para los consumidores y gran parte del éxito se debe a la configuración administrativa de esta fórmula arbitral en que las Administraciones ponen a disposición del consumidor este procedimiento gratuito donde puede resolver las controversias en las que se pueda ver inmerso.

Respecto a la organización del arbitraje de consumo pueden señalarse dos órganos fundamentales: las Juntas Arbitrales y el Colegio Arbitral.

Conforme a lo establecido en el artículo 5 del RD n.º 238/2001 las Juntas Arbitrales de Consumo son órganos administrativos que se integran dentro del ámbito organizativo de la administración territorial que las crea. Por otro lado, se señala el caso de las Juntas Arbitrales de Consumo, de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico que se establecerán por la Administración General del Estado mediante acuerdos suscritos a través del Instituto Nacional de Consumo, con las correspondientes Administraciones Públicas.

La consecuencia jurídica fundamental de que las Juntas Arbitrales sean órganos administrativos integrados en el ámbito organizativo de una administración territorial es que determinadas resoluciones que puedan adoptar y que produzcan efectos frente a terceros deben ser consideradas como actos administrativos y, por tanto, se encuentran sometidos al régimen jurídico propio de Derecho Administrativo recogido fundamentalmente en la Ley n.º 30/1992 de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC), y además, pueden ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

El segundo órgano que señala el RD n.º 231/2008 encargado del arbitraje de consumo es el Colegio Arbitral, que es el órgano que en sentido estricto puede ser considerado como institución arbitral, pues es el que va a resolver el conflicto entre las partes. La naturaleza jurídica del mismo es una cuestión complicada de resolver y que desde la perspectiva del régimen jurídico que se aplica al arbitraje de consumo no tiene una especial trascendencia, por lo que no abundaremos sobre la cuestión.

El Colegio Arbitral se encuentra integrado por uno o tres árbitros, según la cuantía del conflicto, designados por la Junta Arbitral del siguiente modo: a) el Presidente del Colegio Arbitral, que pertenecerá al personal de la Administración de la que dependa la Junta, y que deberá ser licenciado en Derecho; b) el representante de los consumidores, que será designado por una organización de consumidores en el caso de que ésta

haya sido la que formule la reclamación o, si la reclamación se presenta directamente en la Junta Arbitral, el vocal será designado de oficio entre los representantes propuestos previamente por las asociaciones de consumidores; c) el representante de los empresarios, que será el designado por éstos en la Junta Arbitral, cuando el reclamado forme parte de una organización adherida al sistema arbitral, mientras que en el resto de los casos lo será el designado de oficio entre los propuestos previamente por las organizaciones empresariales que se hayan adherido a la misma. La composición tripartita en cuanto al número de árbitros respeta la exigencia de la Ley de Arbitraje (LA) que requiere que sea siempre un número impar, tal y como se desprende de su artículo 12; lo que no se puede predicar si la composición del Colegio Arbitral es unipersonal.

Los Colegios Arbitrales no son órganos estables o fijos, a diferencia de lo que ocurre con las Juntas Arbitrales. Todo lo contrario, para cada arbitraje se designa a uno nuevo, si bien en numerosas ocasiones hay que convenir en que pueden coincidir sus miembros. Este último hecho resulta lógico, especialmente en aquellas localidades de tamaño mediano o pequeño donde existan una o dos asociaciones de consumidores y de empresarios adheridas al sistema arbitral, lo que producirá inevitablemente la coincidencia de los miembros que forman el Colegio Arbitral. Pero, ni siquiera en este supuesto puede predicarse que el Colegio Arbitral sea un órgano fijo.

Pues bien, sin entrar en otros aspectos de los Colegios Arbitrales, pues excedería del propósito de este trabajo, lo que nos interesa destacar es que el Colegio Arbitral será el que conozca de la cuestión litigiosa y resolverá mediante la emisión del correspondiente laudo, que es la resolución que pone fin al procedimiento arbitral y tiene fuerza de cosa juzgada, de tal modo que sólo podrá ser solicitada su nulidad ante la jurisdicción civil ordinaria en base a alguno de los motivos tasados en el artículo 41 LA. Éste es el otro elemento que resulta necesario resaltar, puesto que a diferencia de los actos que dictan las Juntas Arbitrales que, como hemos apuntado, son actos administrativos, la resolución que

pone fin al arbitraje, esto es, el laudo arbitral, tiene naturaleza jurídico privada. Esta imbricación de lo público y lo privado en el sistema arbitral de consumo, que puede ocasionar una serie de disfuncionalidades, como tendremos ocasión de examinar en el epígrafe siguiente, se revela como una de las patologías de esta técnica de resolución extrajudicial de conflictos, que requiere de una revisión y reforma.

(Autor: Javier Guillén Camares. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos).

Arbitraje de consumo colectivo

Estamos ante una de las dos novedades trascendentales introducidas por el Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, regulador del Sistema Arbitral de Consumo español —en adelante, RDSAC— (véase «arbitraje de consumidores y usuarios»). En efecto, en la misma Exposición de Motivos del RDSAC se presenta como novedad trascendental la introducción del arbitraje de consumo (en lo sucesivo, AC) colectivo, regulada en la Sección II del Capítulo V (sobre «*disposiciones especiales*»), la cual incluye los artículos 56 a 62; regulación que habrá de completarse en lo no regulado por ella con el régimen jurídico general del AC y su normativa de aplicación supletoria (esto es, la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje; la Ley n.º 30/1992 de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo relativo a la actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo, y la Ley n.º 11/2007 de 22 de junio de 2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos en cuanto al arbitraje electrónico y los actos realizados vía electrónica).

El AC colectivo «*tiene por objeto resolver en un único procedimiento arbitral de consumo los conflictos que, en base al mismo presupuesto fáctico, hayan podido lesionar los intereses colectivos de los consumidores y*

usuarios, afectando a un número determinado o determinable de éstos» (artículo 56 RDSAC). Se trata, por tanto, de un arbitraje para tutelar intereses colectivos de los consumidores, entendidos como aquellos que pertenecen a un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes están determinados o son de fácil determinación, de acuerdo con la terminología del artículo 11.2 de la Ley española n.º 1/2000 de 7 de enero de 2000, de Enjuiciamiento Civil (en ningún caso cabe la tutela de intereses difusos, en los que la pluralidad de consumidores perjudicados es indeterminada o de difícil o determinación —artículo 11.3 LEC—). Ahora bien, ello no significa que estamos ante un AC colectivo cuyo régimen jurídico se corresponde con el propio de los procesos colectivos civiles regulado en dicha LEC (incompatible con la esencial nota de voluntariedad de todo arbitraje, y de ahí que del laudo que resuelva el AC colectivo no puedan beneficiarse consumidores que no se hayan personado en el mismo ni constituya para ellos cosa juzgada), sino ante una acumulación objetivo-subjetiva de acciones. Es decir, la previsión *ex novo* del nuevo RDSAC sobre el arbitraje de consumo colectivo no configura, a pesar de su denominación, un auténtico proceso colectivo tal y como éste es entendido en la vía jurisdiccional, con su régimen jurídico, sino una acumulación procesal objetivo-subjetiva de acciones como suma de conflictos individuales; lo que, como bien aclara Montero Aroca, es cosa bien distinta de aquellos casos en que cabe o está prevista la legitimación procesal extraordinaria, el interés colectivo o difuso.

Siguiendo el orden de la regulación del RDSAC de 2008, el primer punto que trata es el de la Junta Arbitral de Consumo (véase «Juntas Arbitrales de Consumo») competente para administrar el AC colectivo. Este extremo da rúbrica al artículo 57 RDSAC, según el cual en principio corresponde conocer del mismo a «*la Junta Arbitral de Consumo que sea competente en todo el ámbito territorial en el que estén domiciliados los consumidores y usuarios, cuyos legítimos derechos e intereses económicos hayan podido verse afectados por el hecho*». La excepción viene constituida porque los legítimos derechos e intereses afectados son los propios

de consumidores y usuarios domiciliados en más de una Comunidad Autónoma, en cuyo caso «*corresponde a la Junta Arbitral Nacional*». Repárese que nada soluciona el RDSAC sobre cómo se habría de proceder cuando inicialmente figuran como afectados consumidores de un mismo territorio sobre el que tiene competencia una misma junta arbitral (Castellón, pongamos; y, en consecuencia, la Junta Arbitral competente sería, en principio, la de esta provincia) y, posteriormente, sea durante la fase de llamamiento o ya iniciado el procedimiento arbitral, pero antes de la audiencia, aparecen y presentan su solicitud de AC para intervenir en el mismo procedimiento consumidores domiciliados en zonas sobre las que es competente otra Junta Arbitral de Consumo (Alicante, por ejemplo).

Y es que el RDSAC, tras determinar la Junta Arbitral competente, configura un confuso procedimiento que se inicia por acuerdo del presidente de la Junta, «de oficio o a instancia de las asociaciones de consumidores representativas en el ámbito territorial en el que se haya producido la afectación a los intereses colectivos de los consumidores o de las juntas arbitrales de inferior ámbito territorial»; seguido del requerimiento al empresario o profesional reclamado a efectos de que acepte o rechace el AC colectivo en el plazo de 15 días desde su notificación (si el reclamado no acepta el AC colectivo, «se procederá al archivo de las actuaciones sin más trámite, dando traslado a todas las Juntas Arbitrales de Consumo y, en su caso, a quien instó la iniciación del procedimiento» (artículo 2.2º RDSAC) y, en su caso, proponga un acuerdo conciliatorio que satisfaga total o parcialmente los derechos de los potenciales consumidores o usuarios afectados (artículo 58 RDSAC). Tras dicha aceptación, tiene lugar el aludido llamamiento de los consumidores afectados mediante la publicación de un anuncio al efecto en el diario oficial que corresponda al ámbito territorial del conflictos (sin perjuicio de la posibilidad de acordar otros medios para dar publicidad al llamamiento) por un plazo de dos meses para que hagan valer sus legítimos derechos o intereses individuales en este procedimiento arbitral (artículo 59.1 RDSAC), esto es, para que presenten su solicitud dentro de tal plazo, aunque cabe la posibilidad

de presentarla transcurrido el mismo antes de la fecha prevista para la audiencia, correspondiendo al órgano arbitral, designado una vez es efectuado el llamamiento (artículo 59. 3 RDSAC), resolver sobre dicha admisión (artículo 61. RDSAC). Finalmente, el procedimiento finaliza con el laudo, aunque el plazo para dictarlo (en principio, de seis meses) comienza a computarse transcurridos los dos meses desde la publicación del llamamiento de los afectados en el diario oficial correspondiente (artículo 62 RDSAC). Con lo cual, ello se traduce en la práctica en una ampliación del tiempo necesario para que el consumidor pueda obtener justicia y en sacrificar la celeridad que habría de presidir todo AC por una mayor economía procesal.

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *AA.VV. El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*. Tomillo Urbina, J.L. y J. Álvarez Rubio (Coord.), 2008. Bonachera Villegas, R. «El Real Derecreto 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo». En *Diario La Ley*, n.º 7045, 2008, disponible en www.diariolaley.es, consultada en octubre de 2008, pp. 1-22. Fidalgo López, A. «El arbitraje de consumo. Análisis del Real Decreto n.º 231/2008». En *Actualidad Civil*, 2009, n.º 13, edición electrónica: http://www.diariolaley.laley.es, consultada en diciembre de 2009, pp. 1-23. Lorca Navarrete, A.M.ª. *La Nueva Regulación del Arbitraje de Consumo. Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2008. Marcos Francisco, D. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Marín López, M.J. «Comentario a los artículos 57 y 58». En *AA.VV.* Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo n.º 1/2007), Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 709-754. Montero Aroca, J. *La legitimación en el proceso civil. Intento de aclarar un concepto que resulta más confuso cuanto más se escribe sobre él*. Madrid, 1994, p. 62.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de consumidores y usuarios. Arbitraje de consumo electrónico. Arbitraje *on line* (arbitraje telemático). Juntas Arbitrales de Consumo. Laudo.

Arbitraje de consumo electrónico

Estamos ante una de las dos novedades trascendentales introducidas por el Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, regulador del Sistema Arbitral de Consumo español —en adelante, RDSAC— (véase «arbitraje de consumidores y usuarios»), como indica su propia Exposición de Motivos. No hay duda de que la introducción *ex novo* del arbitraje de consumo (en lo sucesivo, AC) electrónico o, si se prefiere, *on line*, *virtual*, *a distancia*, *telemático* o *digital* (véase «arbitraje on line (arbitraje telemático)»), gracias a los avances de las nuevas tecnologías, refuerza las características de rapidez y eficacia propias de esta vía de resolución de conflictos. Dada su importancia, el RDSAC dedica a su regulación toda una Sección, a saber, la Sección I del Capítulo V (sobre «*disposiciones especiales*»), que incluye los artículos 51 a 55; regulación que habrá de completarse en lo no regulado por ella con el régimen jurídico general del AC que podemos denominar tradicional y la normativa de aplicación supletoria al mismo (esto es, la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje; la Ley n.º 30/199 de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo relativo a la actividad de las Juntas Arbitrales de Consumo, y la Ley n.º 11/2007, de 22 de junio de 2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos en cuanto al arbitraje electrónico y los actos realizados vía electrónica).

Aparece definido como aquél que «se sustancia íntegramente, desde la solicitud de arbitraje hasta la terminación del procedimiento, incluidas las notificaciones, por medios electrónicos, sin perjuicio de que alguna actuación arbitral deba practicarse por medios tradicionales» (artículo 51.1.1º RDSAC).

Nótese que sólo podrán gestionar arbitrajes de consumo en la Red aquellas Juntas Arbitrales de Consumo (véase «Juntas Arbitrales de Consumo») que se adscriban a esta concreta administración, conforme a los respectivos convenios de constitución, pudiendo desarrollar y habilitar

para ello, en el ejercicio de sus propias competencias, una determinada aplicación electrónica para su puesta en funcionamiento (artículo 51.2.1º RDSAC), entendiendo tal aplicación como el «programa o conjunto de programas cuyo objeto es la resolución de un problema mediante el uso de informática» (según definición de la letra b) del Anexo de la Ley n.º11/2007, Ley n.º 11/2007 de 22 de junio de 2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, de aplicación supletoria —artículo 3.1 RD—). Pero, nada impide a las Juntas Arbitrales que decidan acogerse a la aplicación habilitada al efecto por el Ministerio de Sanidad y Política Social (artículo 51.2.2º RDSAC).

Dejando de lado los precedentes jurídicos y prácticos del AC *on line* y centrándonos en su régimen jurídico, en realidad éste no presenta especialidad alguna en lo que a las reglas de determinación de la Junta Arbitral de Consumo competente se refiere, dado que se aplican las propias del arbitraje de consumo tradicional, recogidas en el artículo 8 RDSAC (artículo 52 RDSAC). Por lo que se refiere a la firma electrónica, imprescindible en este tipo de arbitraje para garantizar «la autenticidad de las comunicaciones y la identidad de las partes y del órgano arbitral» (imprescindible pero no exclusiva, dado que cabe igualmente utilizar otras técnicas o medios que aseguren dicha autenticidad —artículo 53 RDSAC—), se regula fundamentalmente por la Ley n.º 59/2003 de 19 de diciembre de 2003, de Firma Electrónica. En cuanto a las *«notificaciones y cómputo de los plazos»* (artículo 54.RDSAC), el RDSAC, en la línea del artículo 5.a) de la Ley de Arbitraje española vigente (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003) e, incluso, del artículo 50 RDSAC, de respetar al máximo la autonomía de la voluntad de las partes y el pacto sobre la forma de notificación de las actuaciones arbitrales, otorga la facultad a las partes de elegir una dirección o sede electrónica y designarla a los efectos de que se practiquen allí todas las notificaciones, «entendiéndose realizadas a todos los efectos legales el día siguiente a aquél en que conste el acceso al contenido de la actuación arbitral objeto de notificación» (apartado 1º). Y, como nadie pasa por alto que, pese a haberse efectuado correctamente la notificación en la sede seña-

lada al efecto, puede ocurrir que no se acceda al contenido de la misma, sea o no voluntariamente, el RDSAC contempla expresamente como solución, si han transcurrido diez días exactos desde su puesta a disposición, la de proceder a su «publicación edictal en las sedes electrónicas de las Juntas Arbitrales de Consumo adscritas al arbitraje de consumo electrónico» (apartado 2º).

Y, por último, la previsión específica del «lugar del arbitraje» (artículo 55 RDSAC) seguramente deriva de la mayor dificultad de fijar el lugar de un arbitraje que, por definición, carece de lugar físico o sede fija al celebrarse virtualmente. Si bien son sabidas las numerosas ventajas de un arbitraje celebrado en la Red, tampoco es desconocida esta ausencia como uno de los principales problemas que plantea el mismo, especialmente a efectos de determinar el órgano jurisdiccional competente, en caso de que se requiera la intervención judicial (artículos 7 y 8 LA), por ejemplo, para conocer de la acción de anulación o ejecución del laudo. En este sentido, el RDSAC ha establecido que «el lugar de celebración del arbitraje de consumo electrónico es aquél en el que tenga su sede la Junta Arbitral de Consumo o la delegación territorial de la Junta Arbitral competente para conocer el procedimiento, salvo que en el laudo dictado figure un lugar distinto, en cuyo caso se entenderá como lugar de celebración del arbitraje aquél en el que se hubiera dictado el laudo».

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *AA.VV. El futuro de la protección jurídica de los consumidores: (actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores)*. Tomillo Urbina, J.L. y J. Álvarez Rubio (Coord.), 2008. Bonachera Villegas, R. «El Real Decreto n.º 231/2008, la anhelada modificación del sistema arbitral de consumo». En *Diario La Ley*, 2008, n.º 7045, disponible en www.diariolaley.es, consultada en octubre del 2008, pp. 1-22. Fidalgo López, A. «El arbitraje de consumo. Análisis del Real Decreto n.º 231/2008». En *Actualidad Civil*, 2009, n.º 13 edición electrónica: http://www.diariolaley.es, consultada en diciembre del 2009, pp. 1-23. González Granda, P. «Protección judicial y extrajudicial de consumidores y usuarios en el ámbito del comercio electrónico». En *Diario La Ley*, 2007,

n.º 6733, edición electrónica: www.diariolaley.es, consultada en julio del 2008, pp. 1-58. Lorca Navarrete, A.M.ª. *La Nueva Regulación del Arbitraje de Consumo. Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*. San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2008. Marcos Francisco, D. *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Marín López, M.J. «Comentario a los artículos 57 y 58». En *AA.VV*. Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo n.º 1/2007). Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.). Navarra: Aranzadi, 2009, pp. 709-754. Montesinos García, A. «El arbitraje de consumo virtual». En *Consumidores y usuarios ante las nuevas tecnologías*. Cotino Hueso, L. (Coord.). Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, pp. 257-272. Moreno Blesa, L. «La solución extrajudicial de litigios de consumo a través del arbitraje *on line*». En *Revista de la Contratación Electrónica*, 2008, n.º 97, pp. 3-59. Ordeñana Gezuraga, I. «El arbitraje de consumo electrónico… eficaz gracias a la jurisdicción». En *Diario La Ley*, 2009, n.º 7243, edición electrónica: http://www.diariolaley.laley.es, consultada en diciembre de 2009, pp. 1-8.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de consumidores y usuarios. Arbitraje on line (arbitraje telemático). Juntas Arbitrales de Consumo. Laudo.

Arbitraje de contratos financieros con consumidores

El Sistema Arbitral de Consumo es el instrumento que las Administraciones Públicas ponen a disposición de los ciudadanos para resolver de modo eficaz los conflictos y reclamaciones que surgen en las relaciones de consumo, toda vez que la protección de los consumidores y usuarios exige que éstos dispongan de mecanismos adecuados para resolver sus reclamaciones.

La Ley define el Sistema Arbitral de Consumo como el sistema extrajudicial de resolución de conflictos entre los consumidores y usuarios y los empresarios o profesionales a través del cual, sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, se resuelven las reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que el conflicto no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito.

Las entidades financieras evitan contratar con consumidores cláusulas de arbitraje incorporadas a contratos de adhesión, remitiendo la solución de conflictos a la jurisdicción ordinaria, excepción hecha a contratos con cláusula generalizada para negociación del mercado.

A través del sistema arbitral de consumo las partes voluntariamente encomiendan a un órgano arbitral, que actúa con imparcialidad, independencia y confidencialidad, la decisión sobre la controversia o conflicto surgido entre ellos.

La regulación básica del Sistema Arbitral de Consumo se contiene en:

- Los artículos 57 y 58 del Real Decreto Legislativo n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias,

- El Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, por el que regula el Sistema Arbitral de Consumo y en lo no previsto por la Ley n.º 30/1992 de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

En lo no previsto por dichas normas, resultará de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje modificada por la Ley n.º 11/2011 y, para el arbitraje electrónico y los actos realizados por vía electrónica, la Ley n.º 11/2007 de 22 de junio de 2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

(Autor: Luis Costa Ran. Abogado, Ingeniero y Catedrático de Economía y Derecho Agrario de la Escuela Superior de Agricultura de Barcelona; UPC).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de consumidores y usuarios. Arbitraje financiero. Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados. Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros.

Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados

1. Cuestión Previa

El convenio arbitral entre miembro del mercado financiero y cliente puede aparecer como cláusula en un contrato o ser un contrato independiente, tal como expresa el artículo 9.1 de la Ley de Arbitraje (n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003). La cláusula incorporada a un contrato suele ser la más extendida en la práctica. Al respecto, hay que tener en cuenta que aunque aparezca como cláusula contractual es totalmente independiente del propio contrato. Hay una tendencia a utilizar cláusulas tipo, dado que garantizan la idoneidad del clausulado para ser aplicado frente a cualquier evento.

2. Arbitraje en la operativa entre miembros del mercado y clientes en los Estados Unidos de América

El contrato de arbitraje en el ámbito de *Commodity Futures Trading Commission* (CFTC) es opcional y puede ser no aceptado por el cliente en la relación con el bróker del mercado de futuros (ver sección 14 de la *Commodity Exchange Act*).

La *National Futures Association* (NFA) es un foro institucional para la resolución de conflictos. Dispone de Reglas de Arbitraje y de Código de Arbitraje. En función de la cuantía de la demanda instada podrá dar lugar a un procedimiento sumario o de audiencia. El proceso de arbitraje va de 4 a 6 meses y en arbitrajes muy complejos puede durar hasta 8 meses.

Todas las empresas y personas individuales que ofrecen opciones en contratos de futuros de USA tienen que estar legalmente registrados en la CFTC y ser miembros de la NFA.

La Autoridad Reguladora de la Industria Financiera (FINRA) es el más importante organismo regulador independiente para todas las empresas de valores de EEUU. Dispone de un Código de Procedimiento Arbitral reciente (de 16 de abril de 2007).

En el Estado de Nueva York, la operativa en opciones establecen que la posible controversia será presentada para arbitraje ante la *New York Stock Exchange, Inc.* (*NYSE*, Bolsa de Valores de Nueva York) o, en su caso, exclusivamente en la Bolsa en que tuvo lugar la transacción y que origina la reclamación, o la Autoridad Reguladora de la Industria Financiera. Rige la Ley del Estado de Nueva York.

El Grupo *Chicago Mercantil Exchange (CME Group)* dispone en el libro de normativas de un capítulo (Capitulo 6) que regula el Arbitraje, tanto de los miembros de la bolsa entre si como de los miembros con clientes.

3. Reglas de Arbitraje en EURONEXT

NYSE Euronext (07-04-2007) es una sociedad holding de USA, que a través de sus subsidiarias opera en las Bolsas de Valores siguientes: *New York Stock Exchange (NYSE); NYSE Arca Inc.; NYSE Alternext* y un mercado de futuros *NYSE LIFFE EE.UU.* y cinco Bolsas en Europa: París, Amsterdam, Bruselas, Lisboa y Londres.

El marco normativo en el que opera *Euronext* tiene una especial influencia y se rige en parte por las Directivas Comunitarias europeas en el área de los servicios financieros. En noviembre del 2007 entró en vigor la *Markets in Financial Instruments Directive* (MIFID), importante directiva del plan de acción de servicios financieros, y que pretende armonizar las normas de los Estados miembros sobre valores, banca, seguros, hipotecas, pensiones y transacciones financieras.

Por lo que respecta a LIFFE (*London International Financial Future Exchange)* dispone de una amplia Sección 6 de su reglamento «*Arbitra-*

tion rules» para establecer las controversias y procedimiento. La Ley que gobierna el arbitraje es la Ley inglesa.

(Autor: Luis Costa Ran. Abogado, Ingeniero y Catedrático de Economía y Derecho Agrario de la Escuela Superior de Agricultura de Barcelona; UPC).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje financiero. Arbitraje financiero. Arbitraje de contratos financieros con consumidores. Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros.

Arbitraje de Derecho

El Arbitraje de Derecho, así como su opuesto el Arbitraje de Equidad, hace referencia a las normas que los árbitros aplicarán al fondo de la controversia.

Mientras que en el Arbitraje de Equidad, el árbitro decide conforme a su leal saber y entender, sin tenerse que sujetarse a formas legales ni en cuanto al procedimiento, ni en cuanto al fondo, en el Arbitraje de Derecho, los árbitros, al igual que hace el juez estatal, resuelven aplicando e interpretando las normas aplicables.

La distinción entre ambos tipos de arbitraje se recoge en las Convenciones Internacionales sobre Arbitraje (Convenio de Ginebra de 1961 y el Tratado de Washington de la BIRD, por ejemplo), en diversos instrumentos internacionales (Ley Modelo de la UNCITRAL y Reglamento Facultativo de la Comisión Económica para Europa de la ONU, por ejemplo), así como en numerosas legislaciones sobre arbitraje.

En el Derecho comparado la doctrina distingue dos tipos de países, los que podrían denominarse de «sistema dualista» que admiten ambas formas de arbitraje y aquellos otros de «sistema monista» que bajo una u otra fórmula la niegan o desconocen, admitiendo únicamente el Arbitraje de Derecho.

Dentro de los países de sistema dualista, se distinguen a su vez dos grupos:

- En primer lugar, aquéllos que recogen legalmente la distinción. Es el caso de la mayoría de los países de tradición latina y continental.

- Un segundo grupo de países no recoge legalmente la distinción; sus leyes, simplemente, no prohíben ni autorizan a los árbitros a juzgar en equidad. Sin embargo, por obra de la doctrina y la jurisprudencia se reconoce su coexistencia. Es el caso de Alemania, EE.UU., Japón y ciertos países escandinavos.

Dentro de los países monistas, tradicionalmente se cita a Inglaterra y a los países de su área de influencia. El Derecho inglés, sin embargo, ha experimentado en la práctica una evolución, ya que pese a que inicialmente sólo se admitía el arbitraje de Derecho, poco a poco se ha abierto camino el Arbitraje en Equidad.

Tanto el legislador interno como el internacional no se muestran neutros ante una u otra modalidad de arbitraje. En el ámbito internacional, la preferencia por el Arbitraje de Derecho, en defecto de acuerdo entre las partes, es la orientación más generalizada, teniendo el Arbitraje de Equidad un carácter residual. En este sentido, el artículo VII.2 del Convenio de Ginebra de 1961 señala que «Los árbitros actuarán en calidad de 'amigables componedores' si tal es la voluntad de las partes y se lo permite la ley aplicada al arbitraje». El artículo 28.3 de la Ley Modelo de la UNCITRAL, por su parte, establece que «El tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor sólo si las partes le han autorizado expresamente a hacerlo así».

En el ámbito interno, la legislación española actualmente vigente, Ley n.º 60/2003, de Arbitraje, modificó la preferencia por el Arbitraje de Equidad que recogía la Ley de 1988. Dicha norma disponía en su artículo 4.2 que si las partes no habían optado expresamente por el Arbi-

traje de Derecho, los árbitros resolverían en equidad, salvo que se hubiera encomendado la administración del arbitraje a una Corporación o Asociación, en cuyo caso se estaría a lo que resultase de su reglamento. Esta posición cambió en la Ley del 2003, cuyo artículo 34.1 expresa que «Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello». Según la Exposición de Motivos de la propia Ley, el cambio obedece, entre otras razones, a que «resulta, además, muy discutible que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, sin más especificaciones, pueda presumirse que incluya la de que la controversia sea resuelta en equidad, y no sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal». Así pues, los árbitros sólo podrán decidir en equidad cuando las partes lo hayan manifestado así, bien de forma directa o por remisión a un reglamento, en el caso del arbitraje institucionalizado. En el primer caso, las partes pueden emplear cualquier fórmula, como pueden ser las previstas en el artículo 28.3 de la Ley Modelo, «el tribunal arbitral decidirá *ex aequo et bono* o como amigable componedor» u otras tales como «los árbitros resolverán según conciencia», o «según su leal saber y entender».

El arbitraje de consumo es una excepción al predominio del Arbitraje de Derecho ya que la disposición adicional única establece la decisión en Equidad, «salvo que las partes opten expresamente por el Arbitraje de Derecho».

En el Derecho comparado encontramos países que optan preferentemente por el Arbitraje de Equidad: artículo 3.1 de la Ley ecuatoriana de arbitraje de 1997, artículo 3 de la Ley panameña de 1999.

Otros países recogen la solución contraria, señalando que en defecto de acuerdo expreso entre las partes, el arbitraje será de Derecho. Así, encontramos el artículo 700 de la Ley de Enjuiciamiento Civil belga, el artículo 8 de la Ley venezolana de 1998 o el artículo 19 de la Ley costarricense de 1997. Interesa destacar que, quizá como consecuencia del deseo del legislador de incorporar la solución de la Ley Modelo, en diversos países se ha producido un cambio similar al de España. Es el

caso de Perú y de Paraguay. Mientras el artículo 3.2 de la Ley peruana de 1996 optaba por el arbitraje de Equidad, el artículo 57.3 de la Ley del 2008 prevé que el tribunal arbitral actuará en equidad o en conciencia sólo si las partes le han autorizado expresamente para ello. Lo mismo cabe decir de la Ley paraguaya del 2002, cuyo artículo 32 establece la presunción a favor del Arbitraje de Derecho, frente a la Ley de 1988 que recogía la opción contraria.

La mayoría de las normativas nacionales, sin embargo, guardan silencio al respecto, lo que obedece a un desconocimiento de esta distinción, o a que optan por no regularlo.

La forma de actuar de los árbitros en el Arbitraje de Derecho exige que tengan conocimientos jurídicos. Tradicionalmente se consideraba que dichos conocimientos estaban en poder exclusivamente de los abogados en ejercicio. La legislación, sin embargo, ha evolucionado en el sentido de dar entrada a otros profesionales jurídicos. Así, la legislación española exige que los árbitros, además de cumplir los requisitos generales de capacidad, deben ser abogados en ejercicio, *«salvo acuerdo expreso en contrario»*. En el mismo sentido se pronuncian otras legislaciones como la ley peruana de 2008 (artículo 22). Se da entrada así a otros profesionales que, sin ser abogados en ejercicio, tengan conocimientos jurídicos suficientes para actuar como árbitros y que, incluso, pueden tener una mejor cualificación para el desempeño del cargo de árbitro, por haberse especializado en la materia objeto de controversia. Tal es el caso de los catedráticos, profesores, licenciados o doctores en Derecho e, incluso, abogados que no ejerzan o jueces, magistrados o fiscales que no están activos por haberse jubilado. Ello, siempre que tal posibilidad no se encuentre restringida por la legislación a la que están sometidos en el ejercicio de su profesión, como es el caso, en España, de los Jueces, Magistrados y Fiscales en actividad cuya legislación prevé la incompatibilidad con el ejercicio del cargo de árbitro.

(Autora: Aránzazu Roldán Martínez. Profesora Titular de la Universidad Europea de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre).* Barona Vilar, S. (Coord.). Madrid: Thomson-Cívitas, 2004. Merino Merchán, J.F. y J.M. Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral.* Madrid: Thomson-Cívitas, 2006. *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre).* González Soria, J. (Coord.), Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004. Cucarella Galiana, L.A. *El procedimiento arbitral (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).* Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de Derecho. Árbitros. Derecho aplicable al fondo del asunto.

Arbitraje de equidad (también llamado Arbitraje de amigable composición)

El arbitraje de Equidad, así como su opuesto, el Arbitraje de Derecho, hace referencia a las normas que los árbitros aplicarán al fondo de la controversia. En el Arbitraje de Derecho, los árbitros, al igual que hace el juez estatal, resuelven aplicando e interpretando las normas aplicables

En el Arbitraje de Equidad, el árbitro decide conforme a su leal saber y entender, dando la respuesta que considera más justa desde su punto de vista personal, sin tenerse que sujetar a formas legales ni en cuanto al procedimiento, ni en cuanto al fondo. La equidad, no es contraria, sin embargo, a la aplicación más o menos explícita del Derecho. De hecho se ha convertido en una práctica frecuente que en este tipo de arbitrajes, los laudos se apoyen en concretas normas jurídicas, que se aportan y citan como si de un Arbitraje de Derecho se tratara, lo que ha llevado a un sector de la doctrina a justificar la opción preferente de algunas legislaciones por el Arbitraje de Derecho.

Dicha distinción, como puede verse en el epígrafe dedicado al Arbitraje de Derecho, es conocida en la mayoría de las legislaciones nacionales, así como en las fuentes normativas internacionales.

El tipo de Arbitraje condiciona la capacidad exigida para ser árbitro. En el Arbitraje de Equidad, resulta habitual no exigir que los árbitros tengan la condición de abogados. En el arbitraje interno español —no en el internacional—, los árbitros no necesitan tener la condición de abogados en ejercicio (artículo 15.1 de la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje), siendo suficiente que reúnan las condiciones generales de capacidad, esto es, ser persona natural y encontrarse en el pleno ejercicio de sus derechos civiles (artículo 13). Ello es así, porque se considera que lo más adecuado es que los árbitros sean profesionales o expertos en las materias que se someten a su saber y entender. La afirmación anterior no excluye, sin embargo, la posibilidad de que en el Arbitraje de Equidad, los árbitros sean abogados en ejercicio.

Dada su posible condición extrajurídica, no tienen la obligación de dar una fundamentación jurídica a su decisión. Ello no quiere decir que el laudo carezca de fundamentación, ya que se aplican al Arbitraje de Equidad las reglas previstas por la ley sobre el contenido de los laudos, obligando a que todos ellos sean motivados (artículo 37.4 Ley española). Así pues, los árbitros deben dictar un fallo congruente.

El hecho de que un arbitraje sea de Equidad no implica que los árbitros gocen de una discrecionalidad absoluta y que puedan desconocer o contravenir las normas de Derecho positivo o desatender lo que las partes estipularon. El Derecho imperativo siempre debe ser respetado y, además, dicho respeto será objeto de un control jurisdiccional posterior.

Son varios los argumentos a favor del Arbitraje de Equidad. Se destaca, principalmente, que resolver en equidad permite a los árbitros decidir la controversia conforme a criterios flexibles y adecuados a las circunstancias del caso. Se apunta también que desde el punto de vista del procedimiento, el Arbitraje de Equidad presenta una mayor simplicidad que el Arbitraje de Derecho. Ahora bien, como señaló el Tribunal Constitucional español en la sentencia n.º 25/1993 de 20 de julio de 1993, esta simplicidad formal, no exime a los árbitros de la obligación de «dar a las partes la

oportunidad adecuada de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias». Así pues, pese a la simplicidad, es preciso cumplir unos mínimos requisitos formales, correspondiendo a la iniciativa de cada parte la efectiva aportación de los documentos en que puedan fundar sus pretensiones y alegaciones, correspondiendo al árbitro el dirimir dentro del plazo las discrepancias según su leal saber y entender, bastando que se dé a las partes oportunidad de ser oídas y de presentar las pruebas que estimen necesarias, con respeto a los principios de contradicción y audiencia.

(Autora: Aránzazu Roldán Martínez. Profesora Titular de la Universidad Europea de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre).* Barona Vilar, S. (Coord.). Madrid: Thomson-Cívitas, 2004. Merino Merchán, J.F. y J.M. Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral.* Madrid: Thomson-Cívitas, 2006. *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre).* González Soria, J. (Coord.). Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004. Cucarella Galiana, L.A. *El procedimiento arbitral (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje)* Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de Derecho. Árbitros. Derecho aplicable al fondo del asunto.

Arbitraje de inversiones

El arbitraje de inversiones es un sector del arbitraje internacional en el cual los Estados pueden actuar como demandantes o demandados. En la inmensa mayoría de casos registrados, estos arbitrajes se producen como consecuencia de una actuación fuera de la legalidad por parte de un Estado que repercute en la inversión de un extranjero, sea persona física o jurídica.

Desde una perspectiva analítica e histórica, no es ninguna novedad, en el escenario internacional, la nacionalización del petróleo producida en

Bolivia o Venezuela y tampoco el recurso a la invasión para proteger los derechos del inversor; así, cuando se nacionaliza el petróleo iraní en 1950, una revuelta motivó la dimisión de su Presidente en 1953 y ante la expropiación del Canal de Suez, Francia y Gran Bretaña acuerdan con Israel intervenir militarmente en 1956, puesto que no había ningún Tribunal de Justicia Internacional en que una empresa —o un particular— pudiese demandar a un Estado. Salvo la posibilidad de un arbitraje *ad-hoc* no existía, pues, un mecanismo institucionalizado de solución de controversias en materia de inversiones y, en consecuencia, existía una carencia de jurisdicción o de órgano competente para resolver las controversias entre Estados y particulares inversores, lo cual derivaba en el recurso a la fuerza; ya que no es difícil imaginar que si un Estado deliberadamente conculca el Derecho Internacional en la persona de un extranjero, este Estado rechace todo tipo de arbitrajes, y más concretamente un arbitraje *ad-hoc* en materia de inversiones.

Frente al recurso a la fuerza, en la actualidad, la protección de la inversión extranjera en países en vía de desarrollo se fundamenta, básicamente, en los Acuerdos de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI), de los cuales hay cerca de tres mil vigentes en todo el mundo.

El contenido de dichos APPRI recoge que cada Estado garantiza a los ciudadanos y empresas del otro que las inversiones tendrán tratamiento justo, equitativo y no discriminatorio, con imposibilidad de nacionalización o expropiación, o medida similar, sin indemnización, equivalente al valor de mercado de la inversión expropiada antes de la medida.

La garantía del cumplimiento de los APPRI estriba en la cláusula que permite la reclamación directa del inversor contra el Estado infractor ante un Tribunal Internacional de Arbitraje creado por el Banco Mundial en 1965 a través del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), con sede en las oficinas centrales del Banco en Washington, a donde, finalmente, tendrán que acudir las empresas contra los Estados si no llegan antes a un acuerdo satisfactorio con el Estado al que demandan.

Es decir, si, por ejemplo, un inversor español cree sufrir un trato discriminatorio en Perú, o un inversor peruano en España, o el Gobierno de dichos países del ejemplo, Perú o España, expropia su empresa, entonces puede iniciar un arbitraje contra dicho Estado de referencia, Perú o España, pidiendo a los árbitros que condenen a dicho Estado, español o peruano según los casos, a indemnizar el perjuicio causado.

(Autor: Domingo Bello Janeiro. Catedrático/U. de La Coruña).

VOCABLOS CONEXOS: Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Reglamentos y Reglas del CIADI. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRIs). Arbitraje Internacional. Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de). Arbitraje del Estado.

Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa

1. Definición del término

El arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa es un instrumento de autorregulación publicitaria que realiza controles voluntarios entre sus socios. Se trata de organismos independientes que llevan a cabo la autorregulación a través de la interpretación de códigos deontológicos, aceptados voluntariamente por las entidades implicadas en las asociaciones profesionales creadas al efecto, actúan como mediadores ante un conflicto en materia publicitaria y prestan asesoramiento sobre la licitud de un anuncio o campaña publicitaria con carácter previo a su emisión. Además de la vía penal o civil, que entran en funcionamiento ante una actividad ilícita, el instrumento de autorregulación, en el que se han implicado de manera voluntaria anunciantes, empresas, medios y creadores, tiene como finalidad perfilar y delimitar, con la ayuda de juristas autorizados, el ámbito de la licitud publicitaria. Las

decisiones adoptadas por dichos organismos son plenamente eficaces para quienes voluntariamente se someten a su fallo, suponiendo la retirada o modificación del anuncio o campaña publicitaria. Las resoluciones emitidas, a pesar de no crear jurisprudencia propiamente dicha, asientan unos límites que van definiendo dentro del sector publicitario la licitud de éste. La autoridad de sus resoluciones dependerá del prestigio de los juristas que componen los tribunales que han de resolver los conflictos planteados, habiendo llegado en algunos países a constituir verdaderos precedentes autorizados que los mismos órganos jurisdiccionales consultan y tienen presentes a la hora de fundamentar sus fallos en materia publicitaria.

2. Legislación

El desarrollo y promoción de la autorregulación publicitaria depende en alguna medida de decisiones de política legislativa, pero sobre todo, del apoyo de la industria y la red empresarial de cada país, pues la fuerza de estos organismos depende de su autonomía y extensión.

Se trata, en definitiva, de encontrar un cauce heterocompositivo de resolución de conflictos que permita, por una parte, agilizar los trámites —previos, simultáneos o posteriores al acto de publicidad enjuiciado—, de manera que pueda obtenerse una resolución en el plazo de uno o dos meses; y, por otra parte, crear una cultura ético-publicitaria que actúe, como su nombre indica, a modo de límite autoimpuesto (*autorregulación*).

Aparte de los países con más tradición, como Canadá, Francia, Gran Bretaña o Estados Unidos de América, la normativa plurinacional de referencia se encuentra en el Derecho Comunitario Europeo, que ha tenido que marcar las pautas legislativas publicitarias de los Estados miembros.

El Tratado de la Comunidad Europea (TCE) hecho en Roma el 25 de marzo de 1957, prevé la obtención de un mercado sin fronteras inte-

riores sobre el que incide de manera directa la actividad publicitaria. Para el buen funcionamiento de un mercado global es indispensable la armonización de las legislaciones nacionales en materia de publicidad, ya que la disparidad de éstas entorpecería la realización de las campañas publicitarias más allá de las fronteras de cada Estado miembro. Por este motivo se han adoptado diferentes Directivas en distintos ámbitos de la actividad publicitaria, mereciendo especial mención la Directiva n.º 84/450 CEE, del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros, en materia de publicidad engañosa, por ser ésta el motor de la armonización publicitaria en la Unión Europea. Esta directiva establece principios generales y uniformes, pero deja a los Estados miembros la elección de la forma y de los medios apropiados para alcanzar tales objetivos. (Modificada por la Directiva n.º 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de octubre de 1997, con el fin de incluir la publicidad comparativa).

Cabe citar el Considerando 16 de la Directiva n.º 84/450 CEE, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, que dispone que «(…) *los controles voluntarios ejercidos por organismos autónomos para suprimir la publicidad engañosa pueden evitar el recurso a una acción administrativa o judicial que por ello deberían fomentarse*». Este considerando tiene su plasmación en el artículo 5 de la citada Directiva, que señala:

> La presente Directiva no excluirá el control voluntario, que los Estados miembros podrán fomentar, de la publicidad engañosa o de la publicidad comparativa por organismos autónomos ni el recurso a tales organismos por las personas o las organizaciones a que se refiere el artículo 4, si existen procedimientos judiciales o administrativos a que se refiere el artículo.

Por su parte, la Disposición Adicional Tercera de la Directiva n.º 89/552 CEE, relativa a la coordinación de determinadas Disposiciones Legales, Reglamentarias y Administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de Radiodifusión Televisiva (DOCE, n.º L 298/23 de 17 de octubre de 1989), dispone:

> Con independencia de lo previsto en el Capítulo VI de esta Ley los poderes públicos promoverán el desarrollo de organizaciones de autorregulación en el sector, pudiendo acudir, también, a ella, cualesquiera personas o entidades que se consideren perjudicadas.

También en el Libro Verde sobre la protección de los consumidores de la Unión Europea (COM 2001, 531 final) de 2 de octubre de 2001, la Comisión de las Comunidades Europeas ha manifestado lo siguiente, en relación con la figura de la autorregulación:

> 4.4.- Autorregulación y corregulación.
> Es posible que la acción regulatoria no sea la más idónea para muchos problemas, en cuyo caso la autorregulación puede alcanzar algunos de los objetivos de protección de los consumidores, especialmente en industrias que reconocen que comparten un gran interés por mantener la confianza de los consumidores y que pueden verse perjudicadas por oportunistas o comerciantes deshonestos. Una autorregulación real, con compromisos claros y voluntariamente obligatorios para los consumidores y que sea correctamente aplicada puede reducir la necesidad de una reglamentación o de la corregulación.

Asimismo, la *European Advertising Standards Alliance* (EASA) es la voz de la industria publicitaria para la defensa de la autorregulación en Europa. Fundada en 1992, con sede en Bruselas, está financiada por la industria de la publicidad y los organismos de autorregulación nacionales. Su finalidad es la de promover y apoyar la autorregulación publicitaria en toda Europa.

3. Comentarios

Paradójicamente, allí donde reside el éxito de la autorregulación —en su fuerza, prestigio y autoridad— acecha también el mayor peligro: convertirse en una vía sustitutiva de la jurisdicción ordinaria, quebrantando el derecho al juez natural, regular y predeterminado por la Ley, que es una garantía procesal reconocida con carácter universal.

Para evitar esta tentación, es requisito indispensable ser socio del correspondiente organismo. Sin esta condición de socio, nadie puede estar

sometido a su autorregulación. Sin embargo, algunos organismos de autorregulación dictan resoluciones que afectan a entidades que no forman parte del organismo autónomo que las ha dictado. Naturalmente, dicha resolución no será ejecutable ni vinculará a la parte ajena, pero su trascendencia moral y su carácter ejemplarizante suplirán esa falta de ejecución material, pues las citadas resoluciones transmiten a la sociedad un inequívoco mensaje de que el anuncio cuestionado es inaceptable. Esta práctica vulnera el derecho al juez natural, pues, con independencia de su falta de carácter vinculante —es evidente que ninguna resolución dictada por un organismo privado puede vincular a quien no se ha sometido a su *iurisdictio*—, el mero hecho de juzgar a quien no quiere ser juzgado supone arrogarse una prerrogativa jurisdiccional que sólo corresponde al juez predeterminado por la Ley, de modo que el organismo de autocontrol debe abstenerse de emitir juicio alguno cuando alguna de las partes en litigio no ostente la condición de socio o no haya aceptado expresamente la competencia del jurado o tribunal arbitral.

4. Referencias

- Página web de *European Advertising Standards* (EASA): www-easa-alliance.org. EASA, organismo que engloba a todos los organismos de autorregulación publicitaria europeos y que está formada por 24 organismos de autorregulación (la mayoría de países de la UE, así como organismos internacionales como Suiza, Turquía, Canadá, Sudáfrica, Brasil, Canadá, Australia…) y 13 organizaciones de la industria publicitaria europea.

- Página web de *International Advertising Association* (IAA) http://www.iaaglobal.org/. Asociación internacional que promueve la autorregulación en el sector publicitario. Formada por 5,000 miembros en 99 países, responsable del 98% del desembolso publicitario a nivel mundial.

(Autores: Javier Vidal-Quadras Trías de Bes. Socio de Amat & Vidal-Quadras. Carmen Salvado Santos. Asociada del despacho Amat & Vidal-Quadras Advocats).

Arbitraje del Estado (arbitraje en la contratación pública)

Arbitraje en el que una de las partes es una entidad estatal, por controversias derivadas de los contratos que celebra con particulares (nacionales o extranjeros domiciliados o no en el país), ya sea, por ejemplo, con respecto a la adquisición de bienes y servicios o con respecto a la ejecución de obras y a su supervisión.

También puede versar sobre arbitrajes, cuyas controversias derivan de los contratos y convenios celebrados entre entidades estatales.

Siempre ha sido un tema que ha generado controversia la posibilidad de que el Estado pueda someterse a arbitraje. Ello, habida cuenta de que hay materias de orden público, de las que el Estado no puede disponer, ni menos dejar en manos de un tercero su resolución. No obstante, dichas posturas están dando marcha atrás para dar paso a otras que señalan la importancia y la conveniencia de los arbitrajes en los que el Estado es parte.

Esta nueva visión toma en cuenta las nuevas funciones que asume el Estado como ente que participa en la economía, no interviniéndola, sino estableciendo marcos adecuados donde la iniciativa privada pueda beneficiarse e impulsarse. Ahora se entiende que, para cumplir con sus funciones (obligaciones de servicio público), el Estado necesita de la colaboración de los particulares. En ese marco, el Estado utiliza instrumentos afines que permiten llevar a cabo estas funciones. Por poner algunos ejemplos, podemos mencionar los contratos de concesión y también los tratados de comercio internacional.

En estos casos, el Estado —como una forma de garantizar las inversiones— somete las controversias derivadas de esos contratos a arbitraje. No será, entonces, un juez nombrado por el Estado el que resuelva la

controversia. Serán particulares calificados nombrados por ambas partes.

No cabe duda de que los inversionistas estimularon el uso de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos, ya que exigían la inclusión de algún tipo de cláusula de conciliación y/o arbitraje en los contratos que suscribían con los Estados.

Sin embargo, por tradición, algunos países, apegados profundamente al concepto de soberanía del Estado, han visto grandes inconvenientes en que éste o las entidades que forman parte de él, se sometan a arbitraje.

Al respecto, Bernal Gutiérrez señala que esta circunstancia se ha hecho evidente en dos frentes: el interno, donde la reticencia y resistencia —movida por intereses de diversa índole— ha sido férrea y sostenida; y el externo, donde, a pesar de estar casi sin excepción vinculados y adheridos a los tratados más importantes, se desconocen estos mecanismos en nombre de la soberanía y la preponderancia de la Constitución, como consecuencia del fanatismo y la ignorancia.

En este ambiente no era raro encontrar, como hace un par de décadas, que la normativa vigente en materia de solución de controversias, donde fuere parte integrante el Estado o sus entidades y, en particular, la referida a la solución de controversias contractuales, no registrara —en términos generales— ninguna disposición que tratara explícitamente el tema.

Ello no quiere decir que no se llevaran a cabo arbitrajes, ni que la mecánica no se utilizara o que no fuere considerada como una buena opción. Simplemente, la tendencia imperante era la de favorecer al Estado y generar para él —tan sólo por ostentar tal condición— escenarios de privilegio, sin importar que el Estado se encontraba en el mismo nivel que los particulares y que ello no comprometía —en modo alguno— la soberanía ni los poderes del Estado. Se trataba del Estado o sus entida-

des y, por ende, tenía derecho a tal privilegio, sin importar nada más y sin consideración alguna.

Como bien señala Bernal, no obstante, quizás por la influencia de los compromisos adquiridos a escala internacional y por la necesidad de encontrar una mayor y mejor dinámica interna, los inconvenientes a los que se ha hecho referencia han cedido de manera relativa. Hoy en día, como consecuencia de la reforma que venimos comentando, podemos observar una referencia constante a la materia, permisiva en líneas generales, de la aplicación del arbitraje y de los métodos alternativos de resolución de controversias, cuando del Estado y sus entidades se trata. Esto, sin desmedro de sus poderes, pero quizá con un tono menor y un más claro entendimiento del concepto de «soberanía» y con mayor conciencia del papel que desempeñan cuando, como particulares, contratan o causan daños.

De esa manera, se pueden distinguir dos bloques; a saber: aquellos países que no han contemplado —en relación al sometimiento del Estado a arbitraje— ninguna regulación; y aquéllos que sí lo han hecho.

En el primer bloque, los ordenamientos internos no contemplan una norma concreta sobre el sometimiento del Estado al arbitraje. Sin embargo, ello no ha impedido, por un lado, que dichos países se hayan integrado a diversos tratados donde tanto los particulares como el Estado se comprometen a resolver sus controversias por la vía arbitral, sino que, de otro lado y en el campo interno, el arbitraje se practica y es utilizado sin reticencias y sin que para la doctrina haya sido objeto de cuestionamientos o dudas que hagan del arbitraje una herramienta desechada para el caso.

Finalmente, cabe precisar que, en doctrina, se discute mucho en torno a que se nombre la participación del Estado en un arbitraje como «Arbitraje del Estado» o como «Arbitraje Administrativo», toda vez que el primero se puede interpretar con un sentido de pertenencia o propie-

dad, como si la institución arbitral se aplicara únicamente por el Estado, con reglas especiales, situación que dista de la realidad. En efecto, el Arbitraje es una institución que está a disposición de quienes deseen pactarla como medio de resolución de conflictos y su aplicación o funcionamiento no se diferencia de los sujetos que la pacten.

Respecto a la segunda expresión («Arbitraje Administrativo»), ella puede confundirse con su verdadera naturaleza, toda vez que se caracteriza porque no sólo una de las partes es el Estado, sino además porque la otra parte es una persona que se encuentra en un estado de subordinación ante la Administración. En efecto, este arbitraje tiene sus propias reglas y constituye una modalidad especial dentro del marco de los arbitrajes a los que se somete el Estado. Dentro de tal orden de ideas, resulta más apropiado denominarlo «Arbitraje con el Estado», destacando la participación del Estado (o de sus entidades) en un proceso arbitral.

Lo cierto es que en este tipo de arbitrajes, el Estado y sus entidades están considerados en un plano de igualdad con las partes, en virtud de un convenio arbitral, conservándose los principios de igualdad, audiencia y contradicción.

(Autores: Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya. Estudio Mario Castillo Freyre/Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Bernal Gutiérrez, Rafael. «El arbitraje del Estado: la regulación en Latinoamérica». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá: Legis, junio-diciembre 2004, pp. 123-124; Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya. *El Arbitraje en la Contratación Pública.* Lima: Palestra, 2009, pp. 5-11.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Reglamentos y Reglas del CIADI. Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRIs). Arbitraje Internacional. Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de).

Arbitraje deportivo

En poco menos de medio siglo la resolución de controversias deportivas ha experimentado una rápida evolución que ha sido paralela a la consolidación de un Derecho del Deporte, caracterizado por su sometimiento a sistemas jurídicos tanto internos como internacionales. En un primer momento, tanto las asociaciones internacionales como las federaciones nacionales que lo tutelan, trataron de mantener el mundo del deporte al margen de la intervención de los tribunales ordinarios. La autocomposición de los conflictos se presenta en esta etapa como un reflejo de la tendencia a la autorregulación por las propias instituciones deportivas. Las federaciones deportivas recogieron en sus Estatutos órganos propios de solución de conflictos (Comisiones o Jueces propios e internos), que aplicaban las normas, también propias de estas entidades y que, en una o dos instancias, solucionaban definitiva y ejecutivamente las controversias.

Era también usual que esa regulación interna prohibiere a los asociados o miembros federativos acudir a instancias ajenas (públicas o privadas) para dirimir y solucionar esos conflictos. Debe precisarse, no obstante, que la fórmula del arbitraje no fue tan rechazada como el recurso a la jurisdicción pública (fuere la ordinaria o alguna extraordinaria). Actualmente, en la mayoría de los países democráticos esas cláusulas son ilegales en la medida que vulneran el derecho a la tutela judicial efectiva de los asociados.

En España a partir de la Ley del Deporte de 1990 —LD— a la vez que se convertía a las federaciones deportivas en agentes colaboradores de la Administración, se atribuyó a los tribunales contencioso-administrativos el conocimiento de la impugnación de los actos federativos dictados en el ejercicio de estas funciones. El reconocimiento de la competencia de los tribunales ordinarios no ha supuesto la desaparición de las fórmulas extrajudiciales de solución de conflictos, sino que, por el contrario, éstas han experimentado en la actualidad un gran desarrollo, pre-

sentándose al mundo deportivo, no como una imposición, sino como una alternativa para obtener una solución rápida y eficaz de los litigios.

En el ámbito internacional, la solución extrajudicial de conflictos se lleva a cabo por el *Tribunal de Arbitraje del Deporte* (TAS), que merece un epígrafe aparte en esta obra, y por las *Federaciones Internacionales* de los respectivos deportes. En relación con estas últimas, al menos en España, las fórmulas de sumisión a la solución extrajudicial de conflictos previstas en sus estatutos son ilegales, si tienen carácter obligatorio para los asociados. Tal es el caso de la FIFA, cuyos Estatutos prevén en el artículo 64.2 que «Se prohíbe el recurso ante los tribunales ordinarios, a menos que se especifique en la reglamentación FIFA».

Generalmente, son dos los métodos utilizados por las Federaciones Internacionales para someter a los sujetos implicados al arbitraje deportivo. En un primer momento se pensó que era suficiente con incluir una cláusula compromisoria en los estatutos, pero se encontraron con el grave problema de que muchos sujetos que intervienen en el deporte no están sujetos a dichos estatutos de las asociaciones o clubes. Tal es el caso, por ejemplo, de los deportistas profesionales. Para estos casos se pensó en la utilización de los acuerdos o convenios arbitrales, que serían fruto de la aceptación de la licencia deportiva.

En el Derecho español el arbitraje deportivo se incluye dentro de los arbitrajes especiales, estando constituido su marco normativo propio por la Ley n.º 10/1990 del Deporte, que está obligada a respetar los principios básicos del procedimiento arbitral contenidos en la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje —LA—. Las peculiaridades del proceso se regulan en el Título XIII de dicha Ley del Deporte, que lleva el confuso título de «Conciliación extrajudicial en el deporte». Pese a la utilización del término «conciliación», la lectura de los dos únicos artículos, el 87 y el 88, dedicados a la materia, revela que la Ley se refiere casi exclusivamente al arbitraje.

La principal nota del sistema español es su opción clara por la institucionalización del arbitraje. El artículo 88.2 hace un llamamiento a las normas estatutarias de los clubes deportivos, federaciones deportivas españolas y ligas profesionales para que incluyan «un sistema de conciliación o arbitraje». La LD trata el tema del arbitraje como si sólo pudiera producirse el institucionalizado. No prohíbe el arbitraje *ad-hoc*, porque no podría hacerlo, pero sólo introduce reglas en relación con el primero. Lo mismo ocurre en el Reglamento de Federaciones Deportivas Españolas, RD n.º 1835/1991, que regula exclusivamente el arbitraje institucionalizado en el seno de clubes, federaciones y ligas.

En consecuencia, partiendo de la existencia de dos tipos de arbitraje, hay que indicar que el arbitraje *ad-hoc* se remite totalmente a la LA, mientras que en el caso del institucionalizado, la LD fija unas reglas mínimas que, por otro lado, no son distintas de las previstas en la ley general. En el supuesto de que lo hagan «como mínimo», figurarán las siguientes reglas:

a) Método para manifestar la inequívoca voluntad de sumisión de los interesados a dicho sistema.

b) Materias, causas y requisitos de aplicación de las fórmulas de conciliación o arbitraje.

c) Organismos o personas encargadas de resolver o decidir las cuestiones a que se refiere este artículo.

d) Sistema de recusación de quienes realicen las funciones de conciliación o arbitraje, así como de oposición a dichas fórmulas.

e) Procedimiento a través del cual se desarrollarán estas funciones, respetando, en todo caso, los principios constitucionales y, en especial, los de contradicción, igualdad y audiencia de las partes.

f) Métodos de ejecución de las decisiones o resoluciones derivadas de las funciones conciliadoras o arbitrales.

El sistema español, por otro lado, resulta especialmente complejo, ya que el deporte es materia compartida entre el Estado y las 17 Comunidades Autónomas. En alguna de las leyes autonómicas del deporte, la opción por la institucionalización es todavía mayor que en la ley estatal, ya que no aconsejan, sino que obligan a las federaciones a disponer de un sistema de arbitraje que será regulado en sus Reglamentos. Es el caso, por ejemplo, de la Ley Foral n.º 15/2001 de 5 de julio de 2001, del Deporte de Navarra. Fruto de la compleja organización territorial española es la coexistencia entre la ley estatal y las leyes autonómicas y, en consecuencia, de tribunales arbitrales de ámbito estatal y de ámbito autonómico.

Teniendo en cuenta que el arbitraje puede recaer sólo sobre materias de libre disposición, y dado que en España las cuestiones jurídico-deportivas se encuentran muy publificadas, es reducido el número de materias susceptible de solución extrajudicial. Del estudio conjunto de los artículos 87 y 88.1 LD y el 34 del RD n.º 1835/1991 sobre Federaciones Deportivas Españolas, las materias que pueden someterse a arbitraje son todas las relativas a la práctica o desarrollo del deporte, a los intereses económicos u otros que surjan de dicha práctica, o a cualquier actividad concerniente a la educación física y al deporte, incluyendo el patrocinio deportivo y los medios de comunicación. Las cuestiones laborales se encuentran expresamente excluidas del ámbito de aplicación de la LD. A título enunciativo, estas materias que pueden someterse a arbitraje pueden englobarse en tres grandes apartados:

- Materias generales deportivas (conflictos de naturaleza privada entre Federaciones Nacionales y Territoriales, entre federados y Federaciones en las que se encuentran integrados, entre entidades deportivas, etc.).

- Contratos de patrocinio y publicidad (cuestiones litigiosas que se susciten con motivo de la interpretación y aplicación de contratos de patrocinio, de contratos de publicidad y relacionados con los diferentes medios de comunicación social, así como cualquier otro contrato mercantil, en general).

- Conflictos con proveedores y cuestiones de responsabilidad civil (mal estado de instalaciones deportivas, daños económicos a terceros, seguros, etc.).

Queda excluida la materia que da lugar a la mayor litigiosidad: la disciplina deportiva. No ocurre lo mismo en los ordenamientos jurídicos que han estructurado el sistema de disciplina deportiva como materia estrictamente jurídico privada.

Dentro del arbitraje institucionalizado merece especial atención el *Tribunal Español de Arbitraje Deportivo* (TEAD), que fue creado y puesto en marcha por el Comité Olímpico Español. Se rige por el Código de Arbitraje Deportivo, integrado por los Estatutos del Arbitraje Deportivo y por el Reglamento de Procedimiento, que establecen cómo solucionar cualquier litigio deportivo a través del arbitraje. Tres son los tipos de procedimientos que se siguen ante el Tribunal:

- Procedimiento de arbitraje por el que se resuelven controversias deportivas entre partes determinadas.

- Procedimiento de conciliación, ya que en el seno del procedimiento arbitral cabe la conciliación previa.

- Procedimiento de consultas, a través del cual las Entidades Deportivas pueden recabar del TEAD dictámenes sobre cuestiones jurídicas relativas a la práctica o a cualquier actividad relativa al deporte.

(Autora: Aránzazu Roldán Martínez. Profesora Titular de la Universidad Europea de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Adan Doménech, F. «Deporte y Arbitraje: vía para la resolución de conflictos deportivos». *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, n.º 17, pp. 17-27. Camps Povill, A. «La conciliación extrajudicial del deporte en España». *Derecho del Deporte. El nuevo marco legal*, *Unisport, Deporte y Documentación*, 1992, n.º 19, pp. 217-255. Carre-

tero Lestón, J.L. y A. Camps Povill». El Tribunal Arbitral del Deporte». *Derecho del Deporte. El nuevo marco legal, Unisport, Deporte y Documentación*, 1992 n.º 19, pp. 259-268. Rodríguez Merino, A. «Los conflictos deportivos y sus formas de solución. Especial referencia al sistema disciplinario deportivo» en *AA.VV. Introducción al Derecho del Deporte*. Espartero Casado, J. (Coord.). Madrid: Dykinson, 2004, pp. 231-274. Gamero Casado, E. *Las sanciones deportivas.* Barcelona: Bosch, 2003. Tejedor Bielsa, J.C. *Público y Privado en el Deporte*. Barcelona: Bosch, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje institucional. Tribunal de Arbitraje del Deporte. Arbitraje de equidad. Arbitraje de Derecho.

Arbitraje deslocalizado

El término arbitraje deslocalizado suele estar referido a dos aspectos, principalmente. De un lado, a la autonomía que las partes y, en su defecto, a la que el árbitro o tribunal arbitral alcanzan respecto a la ley aplicable al arbitraje y al fondo de la controversia. De otro lado, desde la óptica de la fase postarbitral, un laudo está deslocalizado cuando éste no debe pasar por el control de los Estados.

En el primer caso, la extensión de la institución arbitral en el ámbito internacional permite a las partes que, en el uso del amplio poder que la autonomía de la voluntad les confiere, puedan llegar a «desnacionalizar» sus contratos recurriendo a cláusulas de Derecho aplicable que aluden a manifestaciones tan genéricas e imprecisas como la buena fe, la equidad, las normas consuetudinarias de más de una jurisdicción, la *lex mercatoria*, o los principios generales del Derecho Internacional, asimilados, en la actualidad, a los Principios de la UNIDROIT. De esta manera, se posibilita que las partes puedan combinar, según sus intereses, las normas de diferentes sistemas legales con el objetivo de excluir, total o parcialmente, la normativa de un determinado Estado, que es la que resultaría aplicable según las técnicas clásicas del Derecho Internacional Privado. Hecho ilustrativo es la tendencia existente en el arbitraje internacional a la internacionalización o deslocalización del arbitraje. En segundo lugar, a falta de elección de ley por las partes, los árbitros

tampoco están sometidos al tradicional yugo internacional privatista de la norma de conflicto ni a la ley del lugar de la sede del arbitraje. Éstos pueden acudir a métodos de reglamentación directa e, incluso, prescindir de las legislaciones estatales aplicables y, en consecuencia, del orden público interno vinculado a ellas, pudiendo aplicar un Derecho anacional. Sin embargo, aun en estos casos, el árbitro no debería dejar de respetar el orden público internacional del lugar o lugares donde el laudo previsiblemente deba ser ejecutado. Haciéndose eco de la regla general positivizada, entre otros, en el artículo 35 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y en el artículo 32.2 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration* (LCIA), que instan para que la actuación del juzgador privado se encuentre funcionalmente orientada para conseguir la eficacia del laudo.

En el segundo caso, la deslocalización judicial del laudo se consigue si las partes renuncian al recurso contra el laudo o sustituyen el control judicial por uno arbitral como en el supuesto del Convenio de Washington: Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio CIADI). En este sentido, la desnacionalización no es un aspecto especialmente relevante en el arbitraje internacional. Su mecanismo no difiere, en lo esencial, al empleado por los órganos estatales propensos, cada vez más, a la desnacionalización y al rechazo de la técnica conflictual tendente a «localizar» sistemáticamente los contratos internacionales en un determinado ordenamiento nacional. Por ello, se reclama la elaboración progresiva de normas extranacionales de Derecho privado material sobre el método tradicional de las normas de conflicto que aporta en muchas ocasiones respuestas insatisfactorias por su tendencia a «nacionalizar» aspectos que entran dentro de la problemática de la transnacionalidad.

Desde la perspectiva arbitral, el problema del arbitraje deslocalizado o desnacionalizado se encuentra vinculado a la existencia del orden público. Cuestión que, como es sabido, no es tan reciente. La problemática de la globalización actual es similar a la que desde antaño viene sien-

do arrastrada respecto a la deslocalización en el arbitraje internacional. Desde hace tiempo viene siendo analizada por la doctrina y la práctica del arbitraje. Ya en las distintas acepciones que recibe el arbitraje deslocalizado, tales como arbitraje «anacional», «transnacional», «flotante», «auténtico arbitraje internacional», etc. no es difícil vislumbrar las connotaciones de orden público que su estudio implica asociadas a la transnacionalidad o supranacionalidad del mismo. De manera que los continuos avatares en el Derecho del Comercio Internacional no son tan nuevos en el sentido de plantear cuál es el contenido del orden público que los árbitros deberían respetar si quieren hacer de su laudo un instrumento ejecutable e inatacable por consideraciones imperativas y de orden público allí donde tenga que desplegar sus efectos. Como se ha señalado, con la globalización, en sentido negativo, vuelven a estar de actualidad los vaticinios de F. Rigaux. Autor que fue uno de los primeros en exponer el peligro de que a través de un arbitraje deslocalizado el orden público pudiera llegar a abdicar en su papel de controlar a los grandes poderes fácticos, representados, en la actualidad, por los bloques económicos que se blindan a través de las de las fuertes agrupaciones empresariales multinacionales. Las deficiencias de los criterios nacionales e internacionales que nacionalizan el orden público parecen perder sentido si se consigue el afán globalizador pretendido.

El problema de la deslocalización arbitral en sí no deriva de que las partes, o el propio árbitro, excluyan las leyes de uno o varios Estados, propio de los mecanismos de elección de ley que posibilita el Derecho Internacional Privado, sino de que se excluyan «todas», incluidas las normas internacionalmente imperativas y el orden público internacional que requiere ser aplicado. Ello provoca que, en la actualidad, exista una pérdida del valor de la imperatividad en diversos ámbitos materiales, con una ambigüedad mayor que la habitual falta de determinación e imprecisión, que siempre ha acompañado al orden público. Se acrecienta la problemática de la falta de claridad respecto a cuál es ese hipotético orden público que los árbitros tendrían que respetar. El árbitro no tiene *lex fori* ante la cual sea responsable. Su responsabilidad,

en principio, se debe únicamente a las partes. Las vías de localización son menos evidentes y el árbitro ha de estar en una posición mejor para averiguar y entender las necesidades de la comunidad internacional y reclamar las nociones de orden público internacional o auténticamente internacional.

Si durante algún tiempo las polémicas en cuanto al arbitraje deslocalizado o desterritorializado han ocupado buena parte del quehacer científico de nuestra disciplina, no cabe duda de que el cenit por excelencia de la deslocalización del arbitraje aparece en la red. En el arbitraje electrónico pierde el sentido la concepción tradicional de vincular el arbitraje a la ley nacional de un territorio determinado ante la posibilidad pluriespacial que nos ofrece el ciberespacio. La utilización creciente de nuevos medios tecnológicos, que cumplen la función de resolución de controversias derivadas de los litigios que se ocasionen a través del comercio electrónico, ha llevado a replantear el papel del orden público en las controversias resueltas mediante tribunales arbitrales que utilicen la red para temas puntuales relacionados con el procedimiento de arbitraje o desarrollen enteramente éste *on line*, junto a la legitimidad del presupuesto material en cuanto al Derecho aplicable. Todo ello con una relación *a priori* evidente entre la pérdida del valor material del criterio de la sede y el de la ley aplicable a la arbitrabilidad.

Se trata del problema de fondo deslocalizador de siempre, sólo que vestido con una nueva forma. Los avances tecnológicos han revitalizado las cuestiones que previamente ya preocupaban a la práctica y a la doctrina en este ámbito, pero no se cree que se precisen debates específicos al respecto, al menos en cuanto a lo que se refiere a la ley aplicable a la arbitrabilidad. El problema, pues, no es en este punto estrictamente debido al arbitraje cibernético, sino debido a la sede. El arbitraje electrónico no debería inducir a una pérdida de territorialidad en el sentido de desamparo ante un arbitraje deslocalizado en la red. La respuesta hay que buscarla en las soluciones que frente a esta misma cuestión se ofrecían al arbitraje deslocalizado, pues el problema de fondo es exacta-

mente el mismo. En Internet, la sede del arbitraje seguirá siendo, como hasta ahora, una ficción jurídica que debe ser fijada por las partes o, en su defecto, por la institución de arbitraje o los árbitros que lleven a cabo el procedimiento de arbitraje. La pregunta final que se impone es si podría despegarse el arbitraje de toda consideración nacional. Esto es, si sería posible referirse a un arbitraje transnacional controlado por un orden público también supranacional, que sirviera para determinar la ley aplicable no sólo a la arbitrabilidad, sin referencia a una ley nacional sino, también, al resto del procedimiento arbitral.

La respuesta vendría del lado de la uniformización creciente del arbitraje internacional como prioridad que supondría la posibilidad de intercambiar la mayoría de las leyes nacionales de arbitraje, la renovación de las más restrictivas en este sentido y la posibilidad de una verdadera cultura de arbitraje internacional en el ámbito mundial. Perspectiva a la que terminológicamente se alude como la *«estandarización»* del arbitraje internacional. En todo caso, es un nuevo aliciente para reclamar la necesidad de un orden público auténticamente internacional, garantía real de que el comercio se desarrolle en el ámbito universal a través de unos cauces de ética y lealtad con independencia de las vías, ya sean tradicionales o cibernéticas, empleadas en su imparable desarrollo. En este sentido, se defiende la existencia de un orden público transnacional y se aboga por una mayor concreción e, incluso, por una positivación de sus contenidos. El orden público supranacional, transnacional o «auténticamente» internacional podría ser el límite necesario para el arbitraje deslocalizado o desnacionalizado.

(Autora: Marta Gonzalo Quiroga. Profesora de Der. Int. Priv. U. Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS*:* Cuartero Rubio, M.ª V. *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional.* Madrid: Eurolex, 1997, p. 22. Gonzalo Quiroga, M. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial.* Madrid: Dykinson, 2003, pp. 45-50. Gonzalo Quiroga, M. y M. Unceta Laborda. «Los Principios de UNIDROIT en la práctica

de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI», RCEA, 2000-2001, pp. 285-301. Gonzalo Quiroga, M. «Globalización, deslocalización y arbitraje privado internacional: ¿utopía o realidad de un orden público transnacional? *RCEA,* vol. XVIII, 2000-2001, pp. 83-123.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitrabilidad. Armonización. Cámara de Comercio Internacional. Costumbre internacional. Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional. *Lex Mercatoria*. Ley aplicable al arbitraje. *London Court of International Arbitration*. Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Convenio CIADI). Arbitraje *on-line*. Orden público. Sede del arbitraje. Principios UNIDROIT.

Arbitraje electrónico (ver «Arbitraje online»)

Arbitraje en el ámbito de las telecomunicaciones

La industria o sector de las telecomunicaciones presenta en conjunto unas características que lo hacen especialmente apto para que las controversias que se susciten entre los diferentes operadores, o más ampliamente, sujetos de operaciones y actividades del sector, se resuelvan o tiendan a resolverse aplicando la técnica arbitral.

Sin duda alguna que el arbitraje, como técnica de solución de conflictos por heterocomposición, aborda hoy en día ámbitos y se extiende a terrenos hace muy poco inasequibles al mismo. Uno de estos campos es precisamente el de las telecomunicaciones, y más ampliamente el de las tecnologías de la información, en el que el arbitraje está llamado a desempeñar, si no desempeña ya, un relevante papel en la solución de conflictos que se suscitan entre los diferentes operadores.

Para establecer el marco del presente estudio, en los estrechos límites en que se contiene, sería necesario abordar sucesivamente: a) Las características estructurales, tecnológicas, económicas, institucionales y jurídi-

cas del sector, en orden a delimitar el tipo de controversia que se presenta en este ámbito; b) los rasgos del sistema de regulación instalado en el sector, que ha basculado desde una posición inicial de monopolio, con mayor o menor extensión y técnicas de implantación y de gestión, a un régimen de libre competencia, con inserción de obligaciones de servicio público o servicios de interés general, y que sin duda imprime un sesgo específico en la arbitrabilidad de las controversias y el derecho aplicable, en todo caso; d) las características de las controversias que se suscitan normalmente en esta industria y que ayudan a comprender las razones y a manejar los instrumentos y posibilidades de la técnica arbitral; c) las justificaciones del empleo de la técnica arbitral en la solución de esas controversias, señalando cuáles son las ventajas, como también los inconvenientes, y las cautelas que, en todo caso, es menester adoptar para el buen desempeño de los arbitrajes en el sector; d) las clases de arbitraje, que se pueden utilizar, señalando sus particulares características, (arbitraje institucionalizado, *ad-hoc*, reglamentado no administrado, internacional, con particular incidencia en el arbitraje de inversiones) en función de las connotaciones estructurales de la industria, y de factores especialmente presentes en las telecomunicaciones de hoy, como son la globalización, mundialización de la economía transversal, uniformización de técnicas y contenido de gestión, etc. Dentro de este esquema sería oportuno incluir el arbitraje que se lleva a cabo, por especial disposición legal o reglamentaria, y de conformidad a la ley de arbitraje, por los órganos de regulación, estableciendo las oportunas diferencias entre la actividad de regulación de carácter dirimente que incorpora el sistema de regulación para la competencia y la actividad arbitral propiamente dicha, tanto a cargo de los órganos de regulación, actuando como árbitros, o para cualquier forma de arbitraje; e) las fuentes que regulan el arbitraje tanto de origen nacional como internacional; f) el estudio de los diferentes elementos de la institución arbitral, destacando sus características o especialidades que el ordenamiento o la práctica arbitral va diseñando para este tipo de arbitraje en el sector de las telecomunicaciones; g) entre estos elementos, y en particular, el acceso al arbitraje a través del convenio, en sus hoy en día múltiples

modalidades y manifestaciones, y en sus diversos elementos a su vez, de forma, contenido, efectos, etc.; h) la constitución del tribunal arbitral, el procedimiento, el Derecho aplicable, teniendo muy especialmente en cuenta la presencia de disposiciones o leyes imperativas y de actos administrativos y decisiones que gozan del valor de las resoluciones administrativas, a cargo fundamentalmente de los órganos reguladores y de las diversas administraciones que según los ordenamientos intervienen y participan en el sector para llevar a cabo los objetivos de la ley. Y por último el régimen de la anulación y de ejecución y reconocimiento del laudo arbitral dictado.

Realmente, una simple aproximación a los diversos elementos y a la problemática específica que plantea la aplicación de la técnica arbitral en el sector de referencia excede ya de los límites de esta nota con destino a un Diccionario. Por ello, se expondrán de forma esquemática algunos de los contenidos de esta exposición, incidiendo únicamente en aquellos aspectos que de momento se presentarían como más característicos o relevantes en la exposición.

1. Características de la industria

La industria presenta en origen unas características, (fuertes costos de implantación, costos «hundidos», decrecimiento de costos emergentes, necesidad de utilizar el dominio viario, impacto creciente efectivo de las tecnologías de rápida evolución, etc.) que han ido modelando sucesivos sistemas de regulación y de gestión y que las trasformaciones de los mercados y de los marcos políticos, institucionales, de forma interactiva, han ido modificando, si no alterando profundamente, para dar entrada a un progresivo régimen de competencia, a operadores de nuevo cuño y prestancia, como los operadores virtuales, como también a una redefinición incesante de las necesidades de tipo público, más concretamente el servicio universal, el acceso y uso a Internet, y otras necesidades y obligaciones de tipo público.

2. El sistema de regulación para la competencia

El sistema de regulación para la competencia, con características singulares, entre las que se cuenta una progresiva adaptación a los objetivos de la competencia en los mercados relevantes, y un cambio paralelo de las técnicas jurídicas y no jurídicas de puesta en marcha de esos nuevos escenarios, es también un factor a tener en cuenta muy especialmente entre las características del sector, que es el de ser una industria de red, (en la producción y distribución de los bienes objeto de la misma, la información, y telecomunicaciones) y un sector regulado, con implantación de órganos con potestades específicas en orden al desempeño de sus actividades delimitadas según la ley, en la mayoría de ordenamientos en el mundo, hoy en día.

3. Una controversia de tipo estructural

Una inmediata consecuencia que pudiéramos extraer de esta simple aproximación a las características del sector seria la de encontrar un tipo de controversia que pudiéramos denominar existencial o estructural, porque está determinada que exista en principio y cuya solución se requiere para el normal desenvolvimiento del sistema de regulación y para la gestión y explotación de las telecomunicaciones en la hora presente.

Existe normalmente una controversia entre operadores de las distintas redes y de los diferentes servicios, porque ambos ocupan posiciones diferentes cuando no antagónicas, en el acceso y sobre todo en el desempeño y permanencia en el mercado.

Por sus propias características (industria de red, en régimen de progresiva competencia, con necesidades globales de servicio publico), la controversia tipo de carácter existencial en las telecomunicaciones es aquella que se genera a propósito del acceso o interconexión de redes, la utilización conjunta de infraestructuras físicas o ámbitos de dominio público viario y en la definición, acceso, reparto e imputación de costos

en la satisfacción de las necesidades de servicio público y el manejo de los recursos escasos. Por falta de definición las más de las veces, el sistema de regulación incorpora de manera natural este tipo de controversias entre operadores, y para cuya solución el sistema de regulación, los propios operadores y, ahora también, el arbitraje, pueden servir de marco imprescindible para su solución, en beneficio de las partes y de todo el sistema de gestión de las telecomunicaciones.

El propio sistema de regulación para la competencia hace de este tipo de controversias el aspecto nodular de la regulación, determinando todo un escenario de solución de conflictos a través de la combinación de técnicas propias de negociación entre partes interesadas, con la intervención pública a través del órgano regulador, en lo que se denomina imposición de obligaciones de interconexión, con sus contenidos específicos. Y ya sea con carácter singular, ya sea más generalizado a través de la emisión de instrucciones por el órgano regulador o de la Oferta de Interconexión por Referencia, que deben emitir los operadores con posición relevante o significativa del mercado, y que es estimulada, propiciada e intervenida por la Administración regulatoria.

4. Clases de arbitraje en telecomunicaciones

El arbitraje puede ser considerado doméstico, si se hace conforme a la Ley de Arbitraje y para este tipo de arbitraje; internacional, en los propios términos específicos, para este tipo de arbitraje, de la ley nacional; ya sea que se desarrolle en el propio país, ya provenga del extranjero, bajo el imperativo de fuentes internacionales.

Como también puede ser que el arbitraje sea institucionalizado (administrado por una Institución de Arbitraje, aunque no sea frecuente, dadas las características del sector y de las controversias suscitadas). Puede ser —lo es con frecuencia— *ad-hoc*. Y también hay que hacer mención al arbitraje desempeñado, bajo los parámetros de la Ley de Arbitraje, por algunos de los órganos de las Administraciones de Regulación, ar-

bitraje que plantearía ventajas, como también inconvenientes, en orden a deslindar materias arbitrables y en orden también a ciertas características de este arbitraje (poderes de los árbitros, independencia, abstención y recusación, etc.).

5. *Diferencias entre la actividad desempeñada por el órgano regulador en orden a dirimir conflictos entre operadores y el arbitraje propiamente dicho*

Importante es también el deslinde que ha de hacerse del arbitraje propiamente dicho, sometido a la Ley de Arbitraje y con base en un convenio arbitral, y que debe seguir todos los pasos y elementos de su inequívoca naturaleza arbitral, de aquella otra actividad que es propia de la Administración Reguladora y mediante la cual el órgano regulador interviene con facultades aparentemente arbitrales, para dirimir una controversia entre partes (fundamentalmente, en materia de interconexión de redes, o de acceso a redes, aunque no se excluyen controversias en cuanto a delimitación de obligaciones de servicio público o compartición de infraestructuras viarias u otros recursos escasos).

Mientras que el arbitraje es, y debe seguir siéndolo para ser arbitraje, una actividad privada y en el ámbito del derecho dispositivo, con cargo al consentimiento emitido válidamente por las partes y con resultado final de un laudo, sometido específica y únicamente al régimen propio de este tipo de actos, según la Ley de Arbitraje, la dirimencia eventual de controversias por el órgano regulador no es sino el resultado del ejercicio de una potestad administrativa (cuya base está en la ley y en la medida en que se encuentra dispuesta en la ley), mediante solicitud de una parte para iniciar el procedimiento (frente al convenio del arbitraje), con arreglo a un procedimiento administrativo (previamente determinado por la ley en función de las necesidades y de las razones administrativas, frente al procedimiento arbitral que descansa sobre la voluntad de las partes) y con resultado final de un acto administrativo, la resolución, sometido por entero al régimen jurídico que es típico de

estos actos (revisión, control, ejecución) y a diferencia del laudo, que es un acto peculiar en su naturaleza, su revisión, su ejecución, como bien sabemos.

6. Acceso al arbitraje

El acceso al arbitraje no puede ser otro que el determinado por la Ley de Arbitraje o *lex arbitri* y con sujeción a sus términos, bien se trate de un arbitraje administrado, bien se trate de un arbitraje *ad-hoc*. Dada la complejidad de las cuestiones tratadas, el convenio arbitral debe ser redactado con esmero, para que cubra todos los elementos de la controversia suscitada y defina las tareas o aspectos que deben ser objeto de resolución por los árbitros. Es importante fijar en él los diferentes tipos de operaciones que los árbitros como mandatarios de las partes y como juzgadores deben resolver. Se llama la atención sobre la necesidad de contar con los aspectos técnicos (disposición de redes, nodos, infraestructuras), económicos (precios, tarifas, y metodologías de costes), jurídicos (obligaciones y derechos de las partes, obligaciones de confidencialidad, etc.) que configuran normalmente la operación prototípica hoy en día en las telecomunicaciones, y que es objeto con mayor frecuencia de sumisión a arbitraje, es decir, la interconexión de redes. También es importante delimitar cuáles hayan de ser los parámetros de actuación de los árbitros (arbitraje de derecho y de equidad, reglas imperativas, reglas de competencia en su caso, etc.).

7. Arbitraje de inversiones en materia de telecomunicaciones

Mención especial debe hacerse en este punto al acceso al arbitraje a través de un Tratado de Protección de Inversiones (APRIS), simplemente, como manifestación más novedosa y rica de consecuencias en el arbitraje internacional de inversiones y en el que es posible acceder al mismo en base a un tratado bilateral (APPRIs) o multilateral, de inversiones, sin que exista previamente un convenio entre partes o en base, a lo determinado en dicho Tratado: preeminencia de las *treaty claims*

sobre las *contract claims,* que es uno de los aspectos más interesantes en la evolución del arbitraje internacional, en el campo específico de las inversiones (considerando que el consentimiento arbitral se opera en dos fases: emisión por el Estado en el Tratado y codecisión de la parte a través de la correspondiente solicitud de arbitraje, en función de la ley o reglamento aplicable).

El arbitraje de inversiones en materia de telecomunicaciones se ha desempeñado ya en algunas ocasiones. Entre ellas cabe citar el caso *Telenor* contra *Hungría*, que se suscitó en relación a una controversia planteada por *Telenor*, operador móvil de telecomunicaciones, de nacionalidad noruega, ante decisiones del órgano de regulación de Hungría, y referentes a la implantación, gestión y costo del servicio universal de telecomunicaciones. El Tribunal rechazó la pretensión del demandante por no haber podido plantear *prima facie* un supuesto de expropiación, y declarando en definitiva la legitimidad de las decisiones emanadas del órgano regulador a los efectos del tratado bilateral invocado.

8. Las disposiciones imperativas

Otra característica del arbitraje en telecomunicaciones, en función de la presencia de la Administración Publica con potestades al efecto, mas extensas o delimitadas según los ordenamientos y que es necesario siempre tener en cuenta, es la especial penetración de la materia por disposiciones imperativas y en definitiva por lo que se denominan las leyes o normas de policía. Ellas tienen particular importancia, y por ello habrá que guardar las cautelas necesarias: en orden a la arbitrabilidad de la controversia, reservando los aspectos sobre los que no podrían entrar a conocer los árbitros, que sólo pueden intervenir en los confines del derecho dispositivo; en la aplicación del orden publico y su posible configuración como obstáculo a la validez o el reconocimiento del laudo; y como derecho aplicable necesariamente, en función de lo determinado en las fuentes o como consecuencia del deber general que pesa sobre los árbitros en hacer ejecutar el laudo.

En definitiva: las propias características del sector de las telecomunicaciones, el tipo de controversias que se suscitan en su ámbito, el predominio de aspectos técnicos y económicos, de variados géneros, así como netamente jurídicos, en la solución de la controversia, la necesidad de una solución rápida, experta y adecuada, en los propios términos de una contienda privada entre operadores, aconsejan, entre otras razones, la utilización de la técnica arbitral. Esto está claro. Pero, al propio tiempo las específicas características, estructurales, institucionales, económicas y regulatorias del sector aconsejan actuar con prudencia para que el arbitraje sea la técnica eficaz que en todo momento se pretende.

(Autor: José María Chillón Medina. Abogado ICAM. Profesor Derecho Arbitral. Consultor y árbitro internacional).

Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba)

La normativa en la operativa de la Rueda de Piso (febrero 2007) establece la figura de «Semanero», en calidad de árbitro para dirimir, por nombramiento del Directorio, sobre la verificación de la operatoria con la estricta observancia del Estatuto y Reglamento de la Sociedad. Reciben tal denominación por actuar por semanas en cada sector del mercado financiero. Las incidencias de cotizaciones de mercado son resueltas en el acto y de forma definitiva

(Autor: Luis Costa Ran. Abogado, Ingeniero y Catedrático de Economía y Derecho Agrario de la Escuela Superior de Agricultura de Barcelona; UPC).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje financiero.

Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros

La Ley n.º 22/2007 de 11 de julio de 2007, sobre comercialización a distancia de servicios financieros, a los efectos de la misma, entiende por servicios financieros:

- Los servicios bancarios (de crédito o de pago), es decir las actividades relacionadas con el artículo 52 de la Ley n.º 26/1988 de 29 de julio de 1988, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

- Los servicios de inversión, definidos como tales en la Ley n.º 24/1988 de 28 de julio de 1988, del Mercado de Valores.

- Las operaciones de seguros privados definidas en el artículo 3 del RDL n.º 6/2004 de 29 de octubre de 2004.

- Los Planes de pensiones, definidos en el artículo 1 del RDL n.º 1/2002 de 29 de octubre de 2002.

- La actividad de mediación de seguros, definida en el artículo 2 de la Ley n.º 26/2006 de 17 de julio de 2006, sobre mediación de seguros y reaseguros privados.

En el artículo 10, con referencia al derecho de desistimiento del consumidor, establece que no se aplicará a aquellos contratos de servicios financieros cuyo precio dependa de las fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercer el derecho de desistimiento, y relaciona entre ellas: operaciones de cambio de divisas, instrumentos del mercado monetario, valores negociables, participaciones en instituciones de inversión colectiva, contratos financieros de futuros, contratos de futuros de tipo de interés, permutas financieras, contratos sobre índices y otros contratos vinculados.

Asimismo, hay que tener presente que proveedor y consumidor podrán someter sus conflictos al arbitraje de consumo, mediante adhesión de aquéllos al Sistema Arbitral de Consumo o a otro sistema de resolución extrajudicial de conflictos u otros mecanismos previstos en la legislación sobre protección de los clientes de servicios financieros.

En el ámbito territorial de Cataluña, la Agencia Catalana de Consumo (ACC), organismo autónomo de la *Generalitat* de Cataluña (creado por Ley n.º 9/2004 de 24 de diciembre de 2004) tiene asignadas todas las competencias autonómicas en materia de consumo. A tal efecto, la agencia considera consumidores y usuarios a las personas que compran un producto o contratan un servicio en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional. Entre los derechos del consumidor, establece «La protección de los intereses económicos y sociales». La Asociación de Profesionales Asesores Independientes Financieros (AIF) colabora con la entidad.

(Autor: Luis Costa Ran. Abogado, Ingeniero y Catedrático de Economía y Derecho Agrario de la Escuela Superior de Agricultura de Barcelona; UPC).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de consumidores y usuarios. Arbitraje financiero. Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados. Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros.

Arbitraje en la contratación pública (ver «Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública»).

Arbitraje en la Organización Mundial del Comercio (ver «Organización Mundial del Comercio (arbitraje en la)»)

Arbitraje financiero (ver también «arbitraje de contratos financieros en mercados organizados)

1. Concepto

Es un proceso de solución de controversias derivadas de la contratación de operaciones financieras entre intervinientes en los mercados financieros, ya sea en calidad de intermediarios financieros, de instituciones o de clientes.

Permite someter sus diferencias a un tribunal arbitral o corte de arbitraje, en base a la cláusula arbitral de sumisión pactada voluntariamente. La institución arbitral administra el arbitraje y nombra los árbitros, en número y en función del tipo de arbitraje, de acuerdo con la decisión de las partes. Hay que distinguir entre los arbitrajes en el ámbito de Bolsas y Mercados organizados, diseñados en el propio reglamento del mercado, y los arbitrajes entre entidades financieras y clientes, que recurren a la vía institucional pactada. La cláusula arbitral tiene distintas connotaciones según que la calificación del cliente de la entidad financiera sea considerado consumidor o usuario.

El artículo 90 del RDL n.º 1/2007 y el artículo 54.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil invalidan la sumisión expresa de consumidores en contratos de adhesión.

2. Productos objeto de contratación financiera

Podemos clasificar los productos objeto de contratación financiera en:

a) Productos bancarios *(Eurosistema)*

Aquéllos que hacen referencia a: préstamos hipotecarios, depósitos, tarjetas, efectivo y cheques, cambio de moneda, banca a distancia, emprés-

titos y avales. En algunas entidades, bajo este concepto incluyen los Seguros y Fondos de Inversión.

b) Productos financieros Derivados

Producto financiero derivado o Instrumento derivado responde a aquél cuyo valor se basa en el precio de otro activo (subyacente) del que deriva.

Tienen como finalidad de su contratación:

- Estrategias de *cobertura* de riesgos de otras operaciones financieras, a fin de compensar beneficios y pérdidas entre ellas.

- Estrategias de *especulación*, asumiendo total o parcialmente los riesgos del mercado en que opera.

Para ambas estrategias, se utilizan activos subyacentes de tipo financiero (valores, divisas, tipos de interés, índices bursátiles, bonos y riesgo crediticio) y de tipo no financiero (*commodities* o materias primas). En todos y cada uno de los activos citados existen instrumentos que permiten realizar las estrategias de cobertura y especulación.

Los contratos de futuros y de opciones/opciones sobre futuros son propios de mercados organizados, es decir con un lugar físico (Bolsa) y con Estatutos y Reglamento para operar. Sus contratos son totalmente estandarizados y negociados en una gran mayoría por vía electrónica o en los mercados más antiguos «a viva voz».

En el ámbito de Mercados «sobre el mostrador», en inglés *Over-The-Counter* (OTC) también se negocian todos los activos financieros y no financieros mencionados, con la particularidad de que no están reglamentados ni tienen un lugar físico de negociación. Su contratación a nivel internacional asume distintos fueros (Leyes del Estado de Nueva

York y Jurisdicción de Manhattan o la Ley Inglesa) o la ley del lugar en contratación doméstica, conforme al Convenio de Viena. Los contratos utilizados están agrupados en una operativa muy variada bajo diversas denominaciones de permuta financiera o *Swap*, contratos a plazo o *forwards*, y opciones OTC en sus diversas variantes financieras más o menos sofisticadas.

c) Productos financieros estructurados

Un producto estructurado es una combinación de dos o más instrumentos financieros (generalmente incluyendo activos de renta fija o variable e instrumentos derivados) que facilitan una eficiente combinación del binomio rentabilidad-riesgo y que forman, a su vez, un nuevo producto de inversión. Con este tipo de productos se posibilita delimitar o acotar la potencial pérdida o beneficio a parámetros preestablecidos.

A su vez, proporcionan unas características financieras específicas (plazo, calidad crediticia o acceso a mercados que anteriormente no les eran accesibles) y pueden indiciar su rentabilidad a cualquier activo: renta fija, renta variable, divisas, materias primas, etc.

3. Ventajas del Arbitraje de Derecho en el ámbito financiero

a) Al ser muy específica la resolución de controversias en el ámbito financiero, la resolución por personas con experiencia financiera sobre instrumentos, productos y operaciones aporta garantías adicionales.

b) En general, la elección de árbitro único «jurista» (L. n.º 11/2011) con formación especializada favorece la resolución de controversias a corto plazo e instancia única, mediante laudos. Para la ejecución forzosa de los laudos será competente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en que se ha dictado.

c) Aplicación de Costes proporcionales, ya que si bien la resolución de conflictos en los tribunales ordinarios es a coste cero, la doble instancia procesal y la acumulación de demandas dan lugar a dilatados «calendarios», totalmente en desacuerdo con la dinámica del contrato financiero y los intereses económicos en controversia.

d) La confidencialidad propia del arbitraje, que no se garantiza en el proceso judicial (filtración mediática por las partes interesadas, asociaciones de afectados o gabinetes especializados).

e) Existe una posibilidad muy limitada de recursos tasados (la anulación, por vía juicio verbal ante Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas en España y la revisión, conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para sentencias firmes).

(Autor: Luis Costa Ran. Abogado, Ingeniero y Catedrático de Economía y Derecho Agrario de la Escuela Superior de Agricultura de Barcelona; UPC).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados. Arbitraje de contratos financieros con consumidores. Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros.

Arbitraje financiero rabínico

Hecho por rabinos que son conocedores del caso directamente de las partes en conflicto. Se consulta para asesorar sobre la decisión de la *Din-Bais*. Es retribuido y su cuantía no determina la admisión del arbitraje.

El *BethDin,* o *BeitDin*, es el Tribunal Rabínico que ha sido la base de la ley judía y que viven a lo largo de la historia y en todo el mundo. Los procedimientos y las decisiones basadas en la Torá, el Talmud y el gran cuerpo de la ley halájica, son la garantía de continuidad de la vida comunitaria judía.

La Corte Rabínica de California y la costa oeste está autorizada para manejar los asuntos de la ley religiosa judía, y es designada por el Estado de Israel para ser aplicada en el oeste de los Estados Unidos de América, Canadá, México y el Lejano Oriente en materia de la Halajá (ley judía).

Todos los servicios tradicionales de *BeitDin* están a disposición de las autoridades legales competente. La validez de las decisiones y decretos del *BeitDin* ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en Jerusalén, y son reconocidos por ambos Ashkenazi y líderes sefarditas. La administración tradicional de los asuntos legales se lleva a cabo en nueve idiomas: inglés, hebreo, yidish, español, francés, árabe, alemán, húngaro y ruso.

(Autor: Luis Costa Ran. Abogado, Ingeniero y Catedrático de Economía y Derecho Agrario de la Escuela Superior de Agricultura de Barcelona; UPC).

Arbitraje inmobiliario

1. Introducción. Uso preciso del término

El término «arbitraje inmobiliario» puede realmente tener un significado amplísimo, en tanto que aplicado a cualquier arbitraje cuyo objeto sean bienes inmuebles. Pero, no es ésta la acepción y utilización con que es usado en el tráfico jurídico y mercantil, sino otro más restringido.

Entenderemos, pues, por «arbitraje inmobiliario», aquél que se produce y resuelve las diversas controversias que puedan surgir durante el proceso del negocio inmobiliario, es decir, concretamente: en la conversión de un solar en una edificación, en cualquier edificación o construcción, sea industrial o residencial, se trate de un Hotel, una planta generadora de energía, o un puerto, un aeropuerto, un puente, una autopista, o un edificio de viviendas, para ser vendida o explotada en alquiler o concesión.

Podríamos, por tanto, concretar algo más, en el sentido de que «arbitraje inmobiliario» es sinónimo de arbitraje del proceso de construcción. Con esto queda excluido el arbitraje de la fase más inicial —la compraventa del solar o finca— y de la fase final —la compraventa o alquiler de la edificación resultante de tal proceso constructivo—. En estos casos hablaremos y nos hallaremos ante un arbitraje relativo a una compraventa o un alquiler o concesión, que no difiere en absoluto del arbitraje común, y el cual además, en su fase final, puede quedar regulado por la legislación relativa a consumidores y usuarios y, por tanto, sometido a tal tipo de arbitraje especial.

2. Características

Lo primero que puede decirse del arbitraje inmobiliario así entendido, es decir: como arbitraje del proceso de construcción, es que se trata de los más frecuentes en todas las instituciones arbitrales, conforme a las estadísticas publicadas al respecto por aquéllas que lo hacen y por las Cámaras de Comercio.

La razón se halla en las notas características del mismo a las que nos referimos a continuación. A su vez, estas notas que caracterizan el «arbitraje inmobiliario», y los problemas que plantea, van parejas a las propias del proceso de construcción.

La primera es que en él intervienen una gran cantidad de agentes que convergen en la misma finalidad: la terminación de la obra, pero a menudo con intereses contrapuestos. A saber, y sin ánimo exhaustivo: el Promotor —a veces individual, a veces una sociedad o asociación de otro tipo: por ejemplo, una *Joint Venture* o una «Unión Temporal de Empresas (UTE)—; a menudo el *Project Manager*; el Proyectista, muy frecuentemente asistido de otros técnicos, tales como calculistas de estructuras o resistencia de materiales; el contratista o contratistas principales; los subcontratistas; el Director General de la Obra, el Director Ejecutivo; los suministradores y/o instaladores de materiales o mecanis-

mos. Todos estos agentes, hemos dicho, intervienen para un fin común y deben colaborar entre ellos inexcusablemente para la obtención del resultado. Pero, en la práctica, cada uno de ellos contrata por separado; unos con el Promotor; otros, como los subcontratistas, con el contratista, etc.; de modo que nos encontramos con un conjunto de contratos separados e independientes, suscritos individualmente entre dos de las partes intervinientes, pero por agentes que deben interactuar todos ellos conjuntamente, sin tener un contrato común entre todos ellos. Dada esta necesidad de interactuación, el incumplimiento de uno produce o puede producir el de los demás, o el de alguno de ellos, y a menudo es difícil dilucidar la responsabilidad de cada uno en un proceso arbitral individual.

La segunda nota esencial es que se contrata sobre una cosa futura, con las incertidumbres, imprevistos y cambios que forzosamente se producen, según la práctica infaliblemente demuestra.

Y la tercera es que se trata de relaciones de larga duración, en las que todos los intervinientes deben comportarse de una determinada manera, sincronizada y armónicamente.

3. Problemas que genera

Estas notas generan el problema principal de los «arbitrajes inmobiliarios». Dado que cada uno de los intervinientes ha contratado de modo separado con otro, pero no con los demás, a menudo se constata que en alguno de estos contratos se han sometido las partes a arbitraje y en otros no, o bien que en unos casos se han sometido a un tipo de arbitraje diferente (institucional o *ad-hoc*) o ante Cortes Arbitrales distintas. Pero, en cambio, en la mayoría de los casos, no puede establecerse la responsabilidad en un retraso o defecto de la obra por parte de un agente, sin hacerlo al mismo tiempo respecto de la conducta y responsabilidad de los otros.

En virtud del requisito de sometimiento a arbitraje, y más concretamente a un arbitraje y tribunal o corte arbitral precisos y concretos, el inconveniente radica en que debe juzgarse esta responsabilidad de modo separado, cuando la actividad, y acaso el incumplimiento que la genera, son muchas veces conjuntos, compartidos o simplemente causados, en todo o en parte, por otro agente no sometido a este arbitraje en cuestión.

4. A modo de conclusiones o recomendaciones

Todo lo anterior puede llevar a algunas recomendaciones:

1ª) El ámbito del proceso inmobiliario, tal como los hemos acotado aquí es materia muy propicia para que sea sometida a arbitraje. Por varias razones, a saber: la rapidez o al menos la certeza en la fecha de finalización del conflicto (aquélla en que se dicta el laudo); el carácter menos hostil que un juicio, lo cual ayuda a la continuación de las relaciones entre los agentes y, por tanto, la realización de la obra; la confidencialidad; la flexibilidad y el carácter interdisciplinar, técnico y jurídico, que puede tener el tribunal.

2ª) Sería de la mayor conveniencia que en todos los contratos entre todos los agentes se pactara la sumisión a arbitraje y concretamente el mismo arbitraje y el mismo sistema: o *ad-hoc* ante los mismos árbitros, o ante la misma corte o tribunal.

3ª) Que se previera expresamente la posibilidad y el consentimiento de las partes en la acumulación de arbitrajes referidos a la misma obra.

4ª) También que en los reglamentos de las distintas cortes o tribunales arbitrales se previera esta posibilidad.

El problema de la acumulación de arbitrajes es un tema complejo, normalmente no regulado, por lo que requerirá el consentimiento de las partes o su previsión en el Reglamento al que éstas se han sometido.

(Autor: Màrius Miró Gili. Abogado. Roca Junyent. Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Miro Gili, M. «*La resolución de conflictos en el tráfico mercantil inmobiliario*». Borás de Quadras, Álvaro Epoin (Coord.) *Derecho Mercantil Inmobiliario.* Barcelona: Editorial Bosch. 2009. Merino Merchán, J.F. y J.M.ª. Chillón Medina. «*Tratado de Derecho Arbitral*». Madrid: Thomson-Cívitas, 2006 (3.ª Ed.).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje institucional. Arbitraje societario. Arbitraje de consumidores y usuarios. Cámara de Comercio. Convenio arbitral. Disponibilidad para ser árbitro. Extensión a terceros de la cláusula arbitral. Justicia ordinaria. Juntas arbitrales de consumo. Principios del arbitraje. Procedimiento arbitral. Reglamento arbitral. Tribunal arbitral.

Arbitraje institucional

Cuando se habla de arbitraje institucional, así como de su opuesto, el arbitraje *ad-hoc*, se hace referencia a la forma de organizarlo. Nos encontraremos ante un arbitraje *ad-hoc* cuando, para el caso concreto, las partes diseñan la estructura que deberá conducir y concluir el procedimiento arbitral o se someten a un reglamento arbitral que no prevé la administración del arbitraje por ninguna institución (por ejemplo, el reglamento de arbitraje de la UNCITRAL). Entre otras circunstancias, se eligen los árbitros, se fija la sede del procedimiento, las reglas, duración, idioma y sus costes, con respeto, en todo caso, a las normas de carácter imperativo previstas por la respectiva ley.

Por el contrario, se habla de arbitraje institucional cuando una estable y específica organización se encarga de gestionar un concreto arbitraje a petición de las partes, que quieran valerse de sus servicios. En concreto, aquello que puede encomendarse a la institución puede ser:

a) Únicamente la designación de los árbitros, en cuyo caso no nos encontraríamos propiamente ante un arbitraje institucional sino *ad-hoc.*

b) La administración del proceso arbitral, administración que puede incluir o no la designación de árbitro o árbitros necesarios para ello.

La expresión «administración» del arbitraje hace referencia a todos aquellos actos de gestión necesarios para que éste resulte eficaz. Por tanto, cuando las partes deciden encargar a una institución su administración, le están solicitando que ponga a su disposición, todos los medios materiales y humanos necesarios para que el arbitraje pueda tener lugar. La identificación del término «administración» con el de mera «organización» supone la exclusión de la posibilidad de que sea la propia institución la que lleve a cabo funciones arbitrales, las cuales están reservadas a los árbitros. En la legislación española, representada por la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje, ello es así como consecuencia del artículo 12.1 que exige que los árbitros sean personas naturales. En el mismo sentido, el *Code de procédure civile* francés, tras la reforma llevada a cabo por el Decreto n.º 2011-48 de 13 de enero de 2011, que reforma los artículos relativos al arbitraje, dispone en su artículo 1450 que «*La mission d'arbitre ne peut être exercée que par une personne physique jouissant du plein exercice de ses droits. Si la convention d'arbitrage désigne une personne morale, celle-ci ne dispose que du pouvoir d'organiser l'arbitrage*».

El arbitraje institucional, que es el más extendido en el ámbito del comercio internacional, cobró especial relieve a raíz, sobre todo, de la Convención de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961, en cuyo artículo 1.2 apartado b) se contrapone al arbitraje *ad-hoc,* el arbitraje institucional que se oferta mediante los árbitros que las propias instituciones arbitrales proporcionan. También en el ámbito del comercio internacional, otras Convenciones multilaterales, como la Convención de Nueva York de 1958 y el Acuerdo de París de 17 de

diciembre de 1962 recogieron de una manera oficial, las instituciones permanentes de arbitraje.

Son varias las ventajas que acompañan al arbitraje institucional y que explican su extraordinario desarrollo en los últimos años. A las ventajas que pueden predicarse del arbitraje en general, es decir, su celeridad, eficacia, sencillez, confidencialidad y menor coste económico, habría que añadirse aquéllas que caracterizan a la modalidad institucional:

1. La institución arbitral se configura como una entidad especializada en la prestación de servicios arbitrales que proporcionará la regulación y los medios, tanto personales como materiales, necesarios para el normal desarrollo del procedimiento arbitral, llevando a cabo una actividad de control en su desarrollo, que impedirá ulteriores nulidades, lo que supone, en consecuencia, una mayor estabilidad en el desarrollo del arbitraje. Aspectos como las designaciones de árbitros, recusaciones, renuncias, tarifas y otros, pueden ser resueltos con mayor rapidez.

2. En el arbitraje institucional, los árbitros, imparciales y especializados, se encuentran respaldados por una entidad, de igual forma, especializada, sin perjuicio de la previsión de garantías necesarias para la reparación de los daños y perjuicios que pudieran ocasionarse tanto por la institución como por los árbitros.

3. Dado que los Reglamentos de las instituciones arbitrales regulan las cuestiones fundamentales del proceso arbitral (como el procedimiento a seguir, la selección de los árbitros, la forma de emisión del laudo, la duración del proceso y el coste de los mismos), las partes pueden conocer de antemano en qué entorno se van a mover antes de producirse el litigio. La previsibilidad y seguridad constituyen ventajas que son apreciadas al momento de pactar cláusulas arbitrales.

El arbitraje institucional es respetuoso con el principio de autonomía de la voluntad de las partes, que rige en esta materia. Por un lado, porque son las partes quienes voluntariamente se someten a un arbitraje institucional, siendo la forma habitual de llegar a este tipo de arbitraje, la referencia incluida en cláusulas compromisorias tipo y en contratos modelo y condiciones generales de contratación. Por otro lado, porque la voluntad de las partes se entiende integrada por las decisiones que pueda adoptar, en su caso, la institución administradora del arbitraje en virtud de sus normas. Así, en el artículo 4 de la ley española, cuando se regulan las reglas de interpretación, se dispone que cuando una disposición de la ley deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión. Además, cuando la ley se refiera al convenio arbitral o a cualquier otro acuerdo entre las partes, se entenderá que integran su contenido las disposiciones del Reglamento de la institución arbitral al que las partes se hayan sometido.

De esta forma, la autonomía privada en materia de arbitraje se puede manifestar tanto directamente, a través de declaraciones de las partes, o indirectamente mediante la declaración de voluntad de que el arbitraje sea administrado por una institución arbitral.

La norma fundamental del arbitraje institucional está constituida por los Reglamentos de las respectivas instituciones, que vinculan no sólo a éstas sino a las partes que voluntariamente hayan decidido someterse a ellas. En la redacción de tales Reglamentos, las instituciones gozan de libertad absoluta sin más obligación que respetar las normas de Derecho imperativo contenidas en las respectivas leyes. En este sentido toda institución debe disponer de una doble normativa. Una de carácter orgánico en la que se regule su estructura interna, sus órganos, la adopción de acuerdos y sus funciones, entre otros extremos, y otra de carácter funcional, con la finalidad de regular el procedimiento a seguir en el desempeño de sus funciones.

Atendiendo a la clasificación de los profesores Merino Merchán y Chillón Medina, las instituciones arbitrales, que se conocen con distintos nombres: Instituto, Centro, Círculo, Cámara, Colegio, Comité, Consejo, Corte, etc., responden a los siguientes tipos:

a) *Instituciones arbitrales de carácter nacional:* pueden ser públicas, privadas y semipúblicas.

   En el primer caso son organizaciones que dependen, con mayor o menor autonomía, de la organización estatal. En España, por ejemplo, el legislador, con ocasión de una determinada ley, puede prever la institucionalización pública del arbitraje. Se trata de arbitrajes especializados y gratuitos gestionados por la Administración Pública, de entre los que destaca de manera muy especial el Arbitraje de Consumo. Las instituciones privadas son aquéllas de carácter exclusivamente asociativo, sin vinculación alguna con organismos o entes de carácter oficial. En España, el artículo 14 de la ley permite que actúen como instituciones arbitrales las Asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales. Se incluirían tanto las asociaciones como las fundaciones, pero no las sociedades mercantiles. La exigencia de que no exista ánimo de lucro está ausente en otras legislaciones como la peruana. En el ámbito internacional, estas instituciones son muy numerosas y algunas de ellas, como la *«American Arbitration Association»* o la *«London Court Arbitration»* gozan de gran prestigio e influencia. Finalmente, la institución semipública agrupa intereses profesionales o económicos determinados y se organiza mediante un estatuto de carácter semipúblico. En España, las Corporaciones de Derecho Público, de base asociativa, con arreglo a sus estatutos, pueden asumir la realización de funciones arbitrales (sería el caso de las Cámaras de Comercio e Industria que han establecido en su seno Cortes de Arbitraje y han venido desarrollando una labor muy positiva; de las Cortes Arbitrales de los Colegios profesionales como el de Abogados, de las

Cámaras Agrarias, Federaciones Deportivas, Cámaras Oficiales de la propiedad urbana…).

Dichas instituciones nacionales, pese a estar localizadas en un país concreto, pueden ocuparse de asuntos con carácter o proyección internacional, por lo que podrían considerarse instituciones tanto nacionales como internacionales. Es el caso, por ejemplo, de la Cámara de Comercio de Zurich y del Instituto Holandés de Arbitraje.

b) *Instituciones de carácter regional:* En fechas recientes, al amparo de un Tratado Internacional o por iniciativa de organismos internacionales, han nacido instituciones arbitrales cuyo ámbito se extiende a determinadas áreas geográficas, principalmente Europa, Asia y América. Podemos destacar las siguientes: el Reglamento de la Comisión Económica para Europa de la Organización de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y la Comisión Económica para Asia y Extremo Oriente.

c) *Instituciones de carácter sectorial y corporativo:* Frente a las instituciones de competencia general, las de carácter sectorial nacen para favorecer determinadas ramas o sectores (transportes por ferrocarril, arbitraje marítimo, sector de inversiones, deporte, telecomunicaciones…), organizando arbitrajes específicos y teniendo en cuenta las peculiaridades normativas de cada uno de ellos. Son muy numerosas y están agrupadas en torno a agrupaciones profesionales de los más variados sectores. Puede citarse, a modo de ejemplo, el Comité Internacional de Arbitraje Marítimo.

d) *Instituciones de carácter universal: la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional:* El carácter internacional deriva tanto de su ámbito geográfico, que abarca a la mayoría de los países, como de las materias litigiosas que se le someten en relación con los negocios de carácter internacional. En principio, al menos en la actualidad,

puede afirmarse que no existen limitaciones respecto de la naturaleza de los asuntos que pueden ser sometidos a su arbitraje.

(Autora: Aránzazu Roldán Martínez. Profesora Titular de la Universidad Europea de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre.* Barona Vilar, S. (Coord.). Madrid: Thomson-Cívitas, 2004; Merino Merchán, J.F. y J.M. Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral.* Madrid: Thomson-Cívitas, 2006; *AA.VV. Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2003, de 23 de diciembre).* González Soria, J. (Coord.). Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004; Cucarella Galiana, L.A. *El procedimiento arbitral (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje).* Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad-hoc.* Árbitro. Corte de Arbitraje. Designación de los árbitros, Procedimiento arbitral. Responsabilidad de la institución arbitral. Reglamento arbitral.

Arbitraje interestatal

Es un término mediante el cual se hace referencia a la solución de controversias entre Estados por la vía del arbitraje. Al utilizar la vía arbitral, los Estados, por un lado, ejercen su derecho a elegir el mecanismo para resolver sus diferencias en sintonía con el principio de libre elección de medios y, por otro lado, actúan dentro de la legalidad internacional que prohíbe a los Estados el uso de la fuerza en sus relaciones internacionales, tal como ha quedado establecido en el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas.

La historia de las relaciones internacionales está llena de arbitrajes que han evitado que desentendimientos o posturas diferentes sobre un mismo aspecto hubieran desencadenado situaciones bélicas. De allí que no sea nada extraño que diversos tratados internacionales, incluso multilaterales, prevean el arbitraje como opción litigiosa. Así por ejemplo,

tenemos las previsiones arbitrales recogidas los artículos: 287 de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar de 1982, 30.1 del Convenio de Naciones Unidas contra la Tortura de 1985 en caso de controversias sobre la interpretación de esta Convención, el artículo 85 del Convenio sobre la Aviación Civil Internacional, el artículo II del Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, el artículo II del Protocolo de Firma Facultativa de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963.

Por su parte, los convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional suelen recoger la vía arbitral como medio para la solución de diferencias dado que, si bien son sus administraciones tributarias las que pueden tener dos perspectivas diferentes sobre la recaudación fiscal en cada uno de los Estados, en realidad esas perspectivas diferentes no dejan de ser dos puntos de vista que generan una diferencia que involucra a los Estados dentro de las que cada administración tributaria está inmersa. Así, por ejemplo, el artículo 25, inciso 6 del Convenio entre Perú y Canadá para evitar la Doble Imposición estipula que: «Si surge cualquier dificultad o duda relacionada con la interpretación o aplicación del presente Convenio y no puede ser resuelta por las autoridades competentes..., el caso puede someterse a arbitraje si ambas autoridades competentes y el contribuyente por escrito acuerdan estar sujetos a la decisión del tribunal arbitral. El laudo arbitral sobre un caso en particular será vinculante para ambos Estados respecto a ese caso. El procedimiento será establecido mediante el intercambio de notas entre los Estados Contratantes».

En cuanto al laudo arbitral que existiere en un arbitraje interestatal, éste es obligatorio y su incumplimiento puede acarrear la responsabilidad internacional del Estado incumplidor, responsabilidad por la que puede ser llevada ante la Corte Internacional de Justicia, en tanto esta instancia es competente para «todos» los asuntos que se le sometan siempre que los Estados hayan aceptado su jurisdicción.

(Autor: Iván Rodríguez Benzaquen. Diplomático).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Collantes González, Jorge Luis. *«Arbitraje y Derecho Internacional Público».* En *AA.VV. El arbitraje en las distintas áreas del Derecho.* Biblioteca de Arbitraje. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, vol. 4, pp. 223-241. Xavier, Alberto. *Dereito Tributário Internacional do Brasil.* Río de Janeiro: Editora Forense, 2002, pp. 203-205.

VOCABLOS CONEXOS: Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de).

Arbitraje internacional

1. Introducción

El arbitraje internacional es el medio más utilizado para resolver los litigios que se pueden plantear en el ámbito de las relaciones comerciales internacionales. En este sentido, y dada la característica de la voluntariedad propia del arbitraje en general, los contratos internacionales deben contener una cláusula compromisoria que les permita la sumisión a este sistema de resolución de controversias.

2. La determinación de la internacionalidad del arbitraje

Hay que distinguir el arbitraje internacional del arbitraje interno, ya que ambos son objeto de una regulación diferenciada. Sin embargo, la nacionalidad de los arbitrajes es una cuestión que fue muy discutida por la doctrina y que a pesar de encontrarse hoy en día plenamente admitida por los ordenamientos estatales difiere de unos a otros, lo que en ocasiones provoca problemas a la hora de llevar a cabo la ejecución de los laudos emitidos en el extranjero. Es por ello que se considera hoy en día que un arbitraje es internacional cuando está presente en el mismo algún elemento extranjero, independientemente de cuál sea la naturaleza, la calidad o la presencia del mismo, quedando, por tanto, sometido a las normas internacionales que regulan el arbitraje.

Ahora bien, básicamente son dos los criterios que ha utilizado la normativa internacional y la jurisprudencia de los Estados para definir la nacionalidad de un arbitraje:

a) La sede donde se ha desarrollado el procedimiento y se ha dictado el laudo arbitral.

Este criterio de carácter geográfico considera, por tanto, extranjero todo laudo dictado fuera del territorio de un Estado. Es un criterio sencillo que plantea problemas al día de hoy por la proliferación de los arbitrajes *on line* que no permiten fijar fácilmente ni el lugar de celebración del proceso, ni el lugar donde se ha dictado el laudo arbitral.

b) La legislación estatal aplicada a las cuestiones de procedimiento.

Este criterio de tipo procesalista plantea más problemas que el anterior al exigir que coincida Estado de la sede y normativa procesal, lo que no siempre sucede, dada la amplia autonomía de la voluntad que se deja a las partes. En este sentido, el arbitraje permite que el litigio se resuelva por la aplicación de una ley extranjera, o incluso que se realice sin aplicar ninguna ley estatal, como sería el caso de la resolución del proceso por *lex mercatoria*.

Para evitar problemas de reconocimiento de laudos arbitrales el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros ha aceptado ambos criterios, reconociendo las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de un Estado distinto de aquél en que se pide el reconocimiento y la ejecución de dichas sentencias, así como reconociendo las sentencias nacionales en el Estado en el que se pide su reconocimiento y ejecución. Ésta es la distinción más importante en el arbitraje internacional, ya que de ello depende la necesidad o no de acudir al procedimiento de exequátur, lo que sucederá cada vez que el laudo sea considerado extranjero. Sin embargo, resultará irrelevante a la

hora de atribuir la nacionalidad al arbitraje la nacionalidad o el domicilio que puedan tener los árbitros.

3. Otros criterios a tener en cuenta en la determinación del arbitraje internacional

A pesar de que los criterios que se van a enumerar a continuación coinciden en muchos casos con los de un arbitraje interno, la proliferación de las relaciones internacionales hacen necesaria su delimitación, así como su relación con las operaciones comerciales internacionales.

a) Las partes que intervienen en el arbitraje

a.1. Arbitraje entre personas físicas/jurídicas

Este tipo de arbitraje es el más frecuente dado el gran número de operaciones comerciales que se realizan en el mundo cada día. En estos casos es necesario que las partes dejen en evidencia la voluntad de someterse al procedimiento de arbitraje para resolver sus diferencias. Para ello podrán hacerlo, bien incorporando en los contratos una cláusula compromisoria, o bien firmando un compromiso arbitral de sumisión al arbitraje en caso de litigio. Si bien es cierto que la nacionalidad de las partes no es determinante para tener la consideración de un arbitraje internacional, normalmente cuando el litigio se da entre sujetos de distinta nacionalidad se acude a instituciones internacionales para resolver el litigio, o bien el tribunal arbitral estatal aplicará un ordenamiento extranjero por lo que quedará comprendido bajo estos parámetros.

a.2. Arbitraje entre particulares y Estados

En estos casos es muy frecuente la sumisión al arbitraje, siendo en la mayoría de las ocasiones contratos de concesión, suministro, inversiones extranjeras, *joint venture* firmados entre sociedades multinacionales y Estados que actúan en estos casos como particulares y, por tanto, no

investidos del *imperio iure* que tiene el Estado en sus relaciones internacionales.

a.3. Arbitraje entre Estados

Estos casos pertenecen al Derecho Internacional Público, dado que los Estados intervienen como sujetos de Derecho Internacional (no como particulares), para solucionar los problemas que les afectan como Estado. Las disputas más frecuentes con las que se presentan ante la Corte Permanente de Arbitraje Internacional está relacionado con problemas de delimitación de fronteras, explotación de recursos naturales, etc.

b) Órgano y procedimiento arbitral

Atendiendo a estos criterios se pueden distinguir:

b.1. Arbitraje institucional

Es el que tiene lugar en la sede de una organización que cuenta entre sus atribuciones la de resolver los litigios a través del arbitraje. La hay de carácter público (Corte Permanente de Arbitraje Internacional) y de carácter privado (*American Arbitration Association, International Law Association, Cámara de Comercio Internacional,* entre otras), Estas organizaciones cuentan con una lista de árbitros que se atribuyen en función de la materia objeto del litigio, contando además con un Reglamento arbitral que sirve para establecer el procedimiento a seguir cuando se presenta el litigio.

Si bien históricamente el arbitraje se elegía por ser un sistema basado en la confianza en un árbitro concreto, hoy en día está más extendida la confianza en instituciones permanentes especializadas en arbitraje que ofrecen una infraestructura administrativa adaptada a los procesos, listas de expertos de prestigio y un procedimiento preestablecido que da seguridad al proceso.

b.2. Arbitraje *ad-hoc*

Es el arbitraje que las partes deciden en el momento de la controversia, eligiendo para ello de modo individual, sin utilizar instituciones arbitrales, un árbitro o tribunal arbitral específico para resolver el litigio que ha surgido entre ellos. Este tipo de arbitraje sólo se utiliza para contenciosos muy complejos y en el que existan importantes cantidades dinerarias en juego, dado que es caro y complejo a la hora de su organización, debido a que al no contar con una institución arbitral de apoyo, las partes deben organizar todo el proceso arbitral. Por el contario, al no estar sometido a ningún reglamento institucional, las partes tienen más libertad para elegir el lugar donde se desarrollará el arbitraje, designar los árbitros que consideren oportunos, etc. Es típico de los litigios surgidos de las concesiones petrolíferas de multinacionales y países productores de petróleo.

c) Método de resolución del litigio

Este criterio se basa en el tipo de normas que utilice el tribunal arbitral para poner fin al litigio pudiéndose distinguir dos tipos de arbitraje:

c.1. Arbitraje de Derecho

Es el arbitraje que aplica normas jurídicas para solucionar el litigio. Estas normas pueden ser de origen estatal (en estos casos el arbitraje se resuelve tal como lo haría un juez estatal), este tipo de arbitraje es seguido por los países nórdicos, Alemania, o Austria, entre otros. También es posible aplicar normativa de origen internacional, pudiéndose distinguir la aplicación de normas convencionales (aplicación de convenios) o de la *lex mercatoria*, básica para las relaciones comerciales internacionales.

c.2. Arbitraje de Equidad *(ex a quo et bono)*

El arbitraje de equidad permite al tribunal resolver el litigio sin acudir a las normas jurídicas, esto es, acudiendo a la equidad o justicia del caso concreto. No obstante, el juez que actúa en equidad lo hace siguiendo unas normas pactadas por las partes, y siempre sin incumplir las normas imperativas propias de los ordenamientos estatales, ya que en caso contrario se vería afectada el posterior reconocimiento del laudo arbitral por parte de los tribunales estatales. Los países que admiten este tipo de arbitraje son, entre otros, España, Suiza, Portugal, Grecia y los Países Bajos.

4. Fuentes del arbitraje internacional

La regulación del arbitraje internacional se encuentra tanto en los ordenamientos internos como en la regulación internacional, especialmente contenida en convenios internacionales que favorecen la aplicación de una normativa uniforme, con validez en todos los países que se han adherido a ellos.

Destacan en este sentido:

- El Convenio Europeo de Ginebra de 21 de abril de 1961 sobre arbitraje comercial internacional, elaborado por la Comisión Económica de las Naciones Unidas para Europa.

- El Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Es el más importante, tanto por el número de Estados que son parte del mismo, como por el objeto de su regulación, que permite la ejecución de laudos dictados en el extranjero.

- Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a las inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965.

Junto a estos Convenios existen también otros estándares internacionales como son:

- La Ley uniforme en materia de arbitraje elaborada por el Consejo de Europa (Convención de Estrasburgo de 20 de enero de 1966).

- La Ley Modelo sobre arbitraje de la CNUDMI de 1985.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Goldman, B. «*Les conflits de lois dans l'arbitrage international de droit privé*». *RCADI,* 1963, vol. 109, pp. 368 y ss. *Id.* «*Les problémes spécifiques de l'arbitrage international*». *Rev. Arb.,* 1980, pp. 323 y ss. Lalive, P.A. «*Problémes rélatifs à l'arbitrage international commercial*». *RCADI,* vol. 120, pp. 585 y ss. Rubellini-Devichi, J. «*L'arbitrage. Nature juridique. Droit interne et droit international privé*». París, 1965.

VOCABLOS CONEXOS: Ejecución de laudos. *Lex mercatoria*. Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros. Corte Permanente de Arbitraje Internacional. *American Arbitration Association.* Cámara de Comercio Internacional. Convenio Europeo de Ginebra. Ley Modelo sobre arbitraje.

Arbitraje *irrituale (arbitrato irrituale)*

El arbitraje *irrituale* es un arbitraje atípico, presente en el Derecho italiano, por cuanto no está regido por el Código Procesal Civil (Código de Ritos), sino que viene delimitado por las partes en un acuerdo, aunque el Código Procesal Civil reconoce su existencia, señalando además que dicho acuerdo debe constar por escrito, renunciándose así a la tutela jurisdiccional para optar por la vía contractual de acudir a un tercero.

Se suele recurrir a esta figura para completar operaciones complejas, caracterizadas por contratos a largo plazo, conformados por diversos elementos contractuales situados a niveles diferentes en cuanto a su elaboración y ejecución (por ejemplo, los contratos de cooperación). Si, por un lado, el arbitraje *rituale* se sitúa en un plano en el que las partes decidieron que los árbitros realizarán una función contenciosa,

emitiendo un laudo, el arbitraje *irrituale* está en un plano contractual y, careciendo del elemento contencioso, está caracterizado por el hecho de que se les determina a las partes un mandato para definir la disputa con un *pronunciamiento encuadrable a la voluntad de un mandato*. Este tipo de arbitraje, no conduciendo a un juicio, se puede considerar como una actividad transaccional privada, en la cual las partes le han dado al árbitro la tarea de definir, en vía contractual, las controversias que surjan, mediante una solución comparable a la voluntad de las partes, y de darle el mismo valor contractual a lo que determine el árbitro a que si lo que determine el árbitro hubiere sido concluido por éstas. En conclusión, el arbitraje *irrituale* (o «contractual») puede considerarse como un instrumento a medio camino entre el proceso y el contrato propiamente dicho.

(Autor: Riccardo Ciullo. Universidad Federico II de Nápoles).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Arieta. *Note in tema di rapporti fra arbitrato rituale e irrituale*. En *Scritti in onore di Elio Fazzalari*. Milano, 1993. Benatti. *Arbitrato di equità ed equilibrio contrattuale*. En *Scritti in onore di Cattaneo*. Milano, 2002. Merino Merchán, J. y Chillón Medina. *«Tratado de Derecho Arbitral»*. Navarra: Editorial Aranzadi 2006, pp. 969-970. Gonzales de Cossio, Francisco. «*La naturaleza jurídica del Arbitraje. Un ejercicio de Balance químico*». En *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2008, pp. 509-525.

Arbitraje laboral

1. Los conflictos en materia laboral

En el Derecho Laboral se reconoce la existencia de dos clases de conflictos: los conflictos jurídicos o de Derecho y los conflictos económicos o de intereses. En los primeros, como en cualquier otro conflicto jurídico, la controversia versa sobre el incumplimiento o la interpretación de una norma y, por consiguiente, la solución de la misma residirá en la aplicación o interpretación de la norma por el órgano competente. En cam-

bio, en la segunda clase de conflictos, la divergencia no gira en torno a la aplicación o interpretación de una norma, pues ésta no existe; más bien, las partes podrán crearla con base en un acuerdo. En estos conflictos, típicos del Derecho Laboral, lo que está en juego es la aspiración de los trabajadores, representados por sus Sindicatos, de mejorar sus ingresos y condiciones de empleo, para lo cual los ordenamientos jurídicos reconocen el derecho a la negociación colectiva, el cual, además, se encuentra amparado por el Convenio n.º 98 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). El producto de la negociación colectiva, denominado Convención o Convenio —también Pacto—, colectivo de trabajo tiene efectos normativos sobre las relaciones individuales de trabajo a las que se aplica y, por consiguiente, es considerado como una fuente de Derecho objetivo.

Desde otro punto de vista, atinente no al contenido del conflicto, sino a la realidad de sus protagonistas, se distingue entre conflictos individuales y conflictos colectivos. En los primeros, está en juego el trabajador considerado individualmente y, en el segundo, una categoría, grupo o sector de trabajadores que poseen intereses comunes.

Combinando ambos criterios, tenemos que los conflictos individuales son siempre conflictos jurídicos o de Derecho, en tanto que los conflictos colectivos pueden ser conflictos de Derecho o conflictos económicos.

2. El arbitraje en los conflictos colectivos económicos

Los conflictos colectivos económicos se expresan, y deben encontrar su solución natural, en la negociación colectiva. Ésta es un proceso de intercambio entre los empleadores y los trabajadores, en el que no sólo la consistencia de las posiciones de las partes sino, también —y a veces de una manera determinante— la fuerza de los protagonistas, cumple un rol importante. En la negociación colectiva aparece la divergencia de intereses que suele caracterizar las relaciones entre empresarios y tra-

bajadores, por lo que la solución del conflicto debe encontrarse en la misma negociación, mediante el acuerdo de las partes o, de no ser posible éste, acudiendo a otros procedimientos, que deben ser respetuosos del principio de autonomía colectiva, esto es, del derecho de las partes sociales a regular sus propias relaciones sin la intervención del Estado.

Por ello, en el Derecho Laboral, se reconocen dos formas de solución de los conflictos económicos, a saber:

- La *autocomposición*, basada en el arreglo directo del conflicto por las propias partes; y

- La *heterocomposición*, por la cual el conflicto es resuelto por un tercero, ajeno a las partes, pudiendo distinguirse, a su vez, entre los procedimientos obligatorios y los voluntarios, según que la intervención del tercero se produzca por disposición de la ley o por acuerdo de partes.

Para contribuir a la solución del conflicto, existe un elenco de procedimientos que la praxis social ha legitimado y que las normas internacionales y los ordenamientos nacionales fomentan. Éstos son los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje, los cuales obedecen al propósito de que los conflictos laborales no se mantengan abiertos durante largos períodos, afectando a la paz social y, asimismo, que las partes de las controversias satisfagan, cuando menos de forma parcial, sus pretensiones.

No obstante, la conciliación y la mediación continúan siendo mecanismos de autocomposición del conflicto, en la medida que la decisión final acerca de cualquier fórmula de solución corresponde a las partes, aunque, a diferencia de la negociación directa, estos procedimientos se caracterizan por la intervención de un tercero cuya presencia tiene por objeto ayudar a las partes a encontrar el acuerdo que no han podido lograr por sí solas, teniendo dicho tercero un mayor grado de intervención y protagonismo en la mediación que en la conciliación, pues en

aquélla puede llegar, incluso, a elaborar y someter a consideración de las partes fórmulas de solución.

A diferencia de la conciliación y la mediación, el arbitraje es un mecanismo de heterocomposición del conflicto, en cuanto las partes se someten a un tercero, ajeno y neutral, para que solucione el diferendo. En este caso, la decisión del árbitro es vinculante para las partes, que, por ello, están obligadas a acatar su laudo. Desde esta perspectiva, el arbitraje es concebido como un mecanismo de «solución», definitiva del conflicto laboral, dentro de la concepción de que éste debe ser resuelto y no permanecer abierto, por ser ello contrario a la paz social.

En materia laboral, aplicando categorías comunes a otras ramas del Derecho, pueden identificarse tres clases de arbitraje: el voluntario o facultativo, el obligatorio y el potestativo.

El arbitraje voluntario, como en general en el Derecho Privado, tiene como origen la común voluntad de las partes de someter la controversia a la decisión de un tercero. La legitimación de éste para dictar una solución vinculante para las partes radica, precisamente, en la manifestación de voluntad de ambas, la cual lo inviste de la potestad de dirimir el conflicto, con efectos vinculantes.

Mirando hacia el Derecho Laboral, se puede distinguir, a su vez, entre el arbitraje voluntario *«puro»*, en el cual las partes no sólo adoptan la decisión de someter el diferendo al arbitraje, sino que deciden qué persona o institución lo realizará, o la propia conformación del órgano arbitral (arbitraje unipersonal o colegio arbitral), y el arbitraje *«institucional público»*, en el cual, una vez tomada la decisión de las partes de someterse a un arbitraje, éste, necesariamente, queda a cargo de un órgano arbitral preestablecido, de carácter público, el cual, según los ordenamientos, puede ser la Administración del Trabajo o Tribunales o cuerpos colegiados creados por el Estado para ejercer esta función, con el objeto de facilitar a las partes recurrir a este mecanismo al contar con órganos establecidos para ello.

El arbitraje *obligatorio* es aquél que se realiza prescindiendo de la voluntad de las partes —e, incluso, contra ésta—, pues una vez producido el desacuerdo definitivo de éstas en la negociación colectiva, el conflicto es sometido *ex lege* al arbitraje, normalmente a cargo de una autoridad pública o de un órgano arbitral público preestablecido. Esta modalidad obedece a la idea de que el Estado debe resolver el conflicto laboral, cuando las partes no lo han hecho, a fin de garantizar la paz social, siendo empleado, frecuentemente, en caso de huelgas prolongadas o que afectan a sectores neurálgicos. No obstante, la OIT, conforme a los pronunciamientos del Comité de Libertad Sindical, considera que el arbitraje obligatorio sólo es admisible respecto de los conflictos laborales que tengan lugar en el marco de los «servicios esenciales», que son aquéllos cuya interrupción podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de las personas en toda o parte de la población. Fuera de este supuesto, el arbitraje obligatorio es considerado contrario al Convenio 98 de la OIT.

Finalmente, el arbitraje *potestativo* (solución *«procedimental rogada»* la llama Alonso Olea) es una clase de arbitraje que tiene lugar a petición de una de las partes, por lo cual la otra queda sometida al arbitraje. La lógica de esta modalidad, consiste en dar a los trabajadores o Sindicatos, la opción, una vez frustrada la negociación directa entre las partes, de optar por el ejercicio del derecho de huelga y, por esta vía, presionar al empleador para que efectúe concesiones que permitan solucionar el conflicto, o someter la controversia a un tercero. En este caso, también la necesidad de procurar la paz social y evitar situaciones de conflicto abierto, como la huelga, llevan a adoptar este mecanismo, el cual, en el peculiar contexto de las relaciones laborales, tiene una justificación que fuera de aquél no existe.

Cualquiera que sea la modalidad que en un determinado ordenamiento jurídico se adopte, es necesario puntualizar que el arbitraje sobre el conflicto colectivo económico (negociación colectiva) es un arbitraje de equidad, pues dicho conflicto no puede resolverse mediante la aplicación o interpretación de una norma preexistente al mismo.

3. El arbitraje en los conflictos jurídicos

Como he señalado, los conflictos individuales son siempre jurídicos mientras que los colectivos pueden ser tanto jurídicos como económicos. A estos últimos ya nos hemos referido.

En el caso de los conflictos jurídicos, tanto individuales como colectivos, éstos versan sobre la aplicación o interpretación de una norma de Derecho objetivo (ley, convenio colectivo, contrato, costumbre), por lo cual deben ser resueltos mediante la aplicación o interpretación del Derecho. Para ello se ha generalizado, en los ordenamientos jurídicos nacionales, una magistratura judicial especializada en lo laboral o, cuando menos, procedimientos judiciales especiales, que han dado lugar al surgimiento del Derecho Procesal del Trabajo. En cualquier caso, y habida cuenta de la existencia de autoridades o procedimientos especiales, se trata de una solución a cargo del Poder Judicial, como la que pueda corresponder a conflictos jurídicos de otra materia.

Sin embargo, nada obsta para que, como en otros sectores del Derecho, se admita que las partes del conflicto jurídico laboral, decidan someterse a la decisión de un órgano arbitral. Como sucede en esos sectores, la decisión de recurrir al arbitraje puede ser adoptada previamente mediante una cláusula compromisoria inserta en el contrato de trabajo o el convenio colectivo, o en virtud de un convenio o compromiso arbitral celebrado al suscitarse la controversia. Algunos ordenamientos estimulan este mecanismo para las divergencias surgidas en torno a la aplicación o interpretación de las cláusulas de la convención colectiva.

(Autor: Carlos Blancas B. Catedrático/Pontificia Universidad Católica del Perú).

Arbitraje marítimo internacional

En el arbitraje marítimo internacional son cinco las cuestiones nucleares: el régimen jurídico del convenio arbitral, la arbitrabilidad de las disputas, el especial papel de los árbitros, el procedimiento arbitral y sus peculiaridades, y la problemática de la ley aplicable al fondo del litigio. El análisis comparado de las soluciones alcanzadas en los países que cuentan con un desarrollo relevante en materia de arbitraje marítimo internacional como son Inglaterra, los Estados Unidos de América, Francia e Italia, es fundamental. Los arbitrajes marítimos son universalmente aceptados en todos los ordenamientos jurídicos, por diversos que resulten sus sistemas.

Las materias objeto del arbitraje marítimo suelen ser la resolución de reclamaciones como las derivadas de asistencia y salvamento marítimo, de abordajes u otros accidentes de la navegación. Partiendo de que el arbitraje puede ser aplicado a las controversias derivadas de diversas fuentes de las obligaciones, hay que reconocer que principalmente el contrato, como fuente de obligaciones, es el que con mayor frecuencia nos remite a la posibilidad de una solución arbitral. Dentro de la contratación marítima se recurre a este arbitraje para dirimir las controversias surgidas en torno a los denominados contratos de explotación del buque, como se recoge en las pólizas de fletamento y en los contratos de arrendamiento del buque, o en los propios contratos de remolque marítimo. Asimismo, el uso de este tipo de arbitraje se ha generalizado en los contratos de construcción, reparación y compraventa de buques y su financiación.

En todo caso, el arbitraje no puede utilizarse como medio para escapar a la aplicación de normas imperativas, como sucede en los Convenios de Derecho Marítimo Uniforme que excluyen la posibilidad de arbitrar las controversias surgidas en su ámbito de aplicación, o sólo la admiten si es pactada con posterioridad al nacimiento de la relación controvertida.

Las fuentes del arbitraje marítimo no representan especialidad alguna, por lo que se parte de las normas sobre arbitraje en general, faltando una regulación uniforme en los ámbitos nacional e internacional.

Las Reglas de Hamburgo de 1978, reguladoras del transporte marítimo internacional, han influido en la reforma del Derecho de la navegación marítima y han contado con las ratificaciones suficientes para su entrada en vigor, pero ofrecen una parca e incompleta regulación del arbitraje. El artículo 21 y el siguiente de las Reglas de Hamburgo regulan el arbitraje al referirse a las cláusulas insertas en las *charter-parties* que se han incorporado a un conocimiento de embarque. Las novedosas Reglas de Rotterdam, que están siendo ratificadas, pero no se encuentran en vigor, regulan también este arbitraje.

Como particularidad hay que destacar la existencia de centros arbitrales especializados en controversias marítimas que otorgan una cierta garantía de competencia en las materias. Así se encuentran la *London Maritime Arbitrators Association*, la *Society of Maritime Arbitrators of New York* o la *Chambre Arbitral Maritime de Paris*, entre otras. Todas ellas son instituciones que se caracterizan por administrar los arbitrajes que se les encomienden conforme a unas reglas de procedimiento ágiles y operativas. Igualmente, existen unas Reglas generales sobre arbitraje marítimo, preparadas conjuntamente por el Comité Marítimo Internacional y la Cámara de Comercio Internacional (*ICC-CMI Rules*), y otras adoptadas por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL *1976 Arbitration Rules*).

En España, la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, reconoce la *lex mercatoria* introduciendo una serie de novedades de trascendencia particular en el arbitraje marítimo internacional y en la interpretación de sus cláusulas compromisorias, al reconocer un principio favorable a la validez del acuerdo arbitral (artículo 9.6 LA). La *lex mercatoria* se refiere al conjunto de usos y prácticas particulares de este sector entre las cuales se encuentra la inclusión de una serie de cláusulas típicas, como son las arbitrales, en los conocimientos de embarque, los *charter-parties* u otros documentos de transporte. A pesar de la flexibilización de los requisitos formales y sustanciales inherentes a tales cláusulas de arbitraje, se siguen planteando los problemas de validez y eficacia según se invoquen frente a terceros o frente a los sujetos contratantes originarios.

En el plano internacional, siempre sin perjuicio de la prevalencia de los tratados bilaterales existentes con algunos países, el texto normativo fundamental es el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, gracias a cuya aplicación en España se ha logrado la auténtica efectividad de los arbitrajes celebrados en el extranjero, sobre todo a partir de los Autos de 11 de febrero y 8 de octubre de 1981. Asimismo, aunque en un ámbito más limitado, es preciso considerar el Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional de 21 de abril de 1961. Los convenios internacionales citados son de especial interés, por cuanto algunas de sus normas relativas a la cláusula arbitral facilitan la interpretación y valoración de los requisitos formales y sustanciales para la eficacia de la cláusula arbitral.

En el arbitraje marítimo internacional es obligado realizar una referencia a los usos, en general y, en particular, en materia de Derecho Marítimo. Todos los sujetos involucrados en la aplicación de las cláusulas de arbitraje, como son las partes en los distintos contratos marítimos, las entidades aseguradoras, y los propios tribunales jurisdiccionales o arbitrales, han contribuido, desde sus ámbitos respectivos, a la creación de una *lex mercatoria* dotada de gran flexibilidad en materia de arbitraje. Merece ser destacado el concepto de uso que elabora el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en relación con las cláusulas del foro insertas en los conocimientos de embarque, que es aplicable también a las cláusulas de arbitraje, así como al cumplimiento de los requisitos del artículo 23 del Reglamento n.º 44/2001 sobre competencia judicial internacional y reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras en materia civil y mercantil.

El conocimiento del contenido de los laudos arbitrales resulta de gran valor.

Ahora bien, mención expresa merecen las Reglas de Arbitraje Marítimo de la Cámara de Comercio Internacional y el CMI, que ofrecen un

conjunto de reglas específicas sobre procedimientos de solución arbitral de controversias que surgen a nivel internacional en el sector marítimo, incluyendo, entre otras, las originadas en contratos *charter*, contratos de transporte marítimo de mercancías, transporte combinado de mercancías, contratos de seguro marítimos, contratos de construcción y reparación de buques y embarcaciones, contratos de venta de buques y embarcaciones y otros contratos que creen derechos sobre los mismos, así como cláusulas de salvamento o de avería común. Otra mención merece el arbitraje marítimo internacional celebrado en Londres, que plantea una serie de problemas derivados de la existencia de jurisdicciones distintas a las que sustenta su sistema en el *Common Law*.

Sin entrar en la discusión doctrinal acerca del particularismo o especialidad del Derecho Marítimo, es evidente que el tráfico marítimo internacional reúne una serie de características propias que lo diferencian de otros ámbitos empresariales, y que están ocasionando una interpretación por parte de los tribunales de las cláusulas del foro y de las cláusulas de arbitraje marítimo que, en ocasiones, por su excesiva amplitud puede suponer un perjuicio de los derechos de determinados interesados en el tráfico marítimo.

El ejemplo paradigmático de dichas peculiaridades se encuentra en los documentos y/o contratos de transporte marítimo que incluyen cláusulas de arbitraje y la interpretación que de las mismas hacen los tribunales.

La valoración e interpretación de la cláusula arbitral precisará de la aclaración previa de circunstancias como que la misma se encuentra inserta en el contrato original, pero no en otro documento que sea expresión de tal contrato, o si la cláusula arbitral, entre otras, figura en otro documento cuyos términos y condiciones se establezcan en un documento distinto del original, etc. Asimismo, es fundamental revisar la forma en que se incorpora la cláusula arbitral, en el caso concreto de que la misma se produzca por referencia, en un documento o contrato distinto.

En suma, la cláusula arbitral se puede recoger en un documento o en un contrato, de forma expresa o por referencia. Al igual que sucede en otros supuestos distintos del discutido de la cláusula arbitral, se presenta el problema de la oponibilidad frente a quien no es parte de la relación contractual originaria del transporte.

En el Derecho Marítimo, la doctrina y la jurisprudencia han destacado la fuerza e importancia de los usos y prácticas a nivel nacional e internacional, en general y por sectores (en materia de transporte, de salvamento, etc.). Por su trascendencia, hay que destacar las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 20 de febrero de 1997 y de 16 de marzo de 1999. En todo caso, la eficacia de la cláusula arbitral depende de la interpretación que de la misma realice el tribunal en cuestión, y prueba de ello es la jurisprudencia no siempre coincidente de los tribunales de los Estados parte de la Unión Europea, y en ocasiones divergente dentro de un mismo Estado.

Con independencia de las reglas concretas de arbitraje que resulten de aplicación por la voluntad de las partes, tanto si su origen es legal como si es convencional o institucional, cabe afirmar que el recurso a esta resolución extrajudicial de controversias ha adquirido el rango de uso o práctica en el ámbito marítimo.

A pesar de la exigencia de requisitos formales y sustanciales de la cláusula arbitral, en la práctica se ha constatado que el rigor en el cumplimiento de dichos requisitos ha sido moderado, si bien el problema fundamental surge cuando la interpretación del rigor en la exigibilidad de los requisitos afecta a sujetos que no acordaron someter sus controversias a arbitraje.

En definitiva, es la materia objeto de arbitraje, y no la sujeción a unas reglas especiales de arbitraje marítimo, la que determina la calificación de un arbitraje como marítimo o no marítimo. Los objetivos a los que se orienta la regulación legal y convencional del arbitraje marítimo pue-

den verse frustrados, a pesar de la tradición y la especialización lograda, debido a la excesiva amplitud con que, en ocasiones, los tribunales de algunos Estados están interpretando las cláusulas de sumisión a arbitraje. En particular, los intereses que pueden resultar afectados son los de aquéllos que puedan verse obligados por una cláusula arbitral que no han consentido expresamente, al no ser parte del contrato en la que la misma se halla inserta.

(Autora: Dra. Bárbara de la Vega Justribó, Profª. de Derecho Mercantil de la U. Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Esplugues Mota, C. *Arbitraje marítimo internacional. Estudios sobre arbitraje*. Navarra: Thomson-Cívitas, 2007; De la Vega Justribó, B. «El arbitraje en el ámbito marítimo». *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho (Doctrina y jurisprudencia arbitral europea y española en la era de la globalización)*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2007, vol. 4, pp. 13-39.

VOCABLOS CONEXOS: *Lex mercatoria*. Reglas de Rotterdam.

Arbitraje mixto

Se conoce como arbitraje mixto a aquel arbitraje en el que las partes son, por un lado, un Estado y, por otro, un particular. Este arbitraje se conecta directamente con la figura del arbitraje de inversiones, y más concretamente con el arbitraje derivado del sistema CIADI. Sin embargo, hemos de aclarar que el arbitraje de inversiones es en realidad una modalidad de arbitraje mixto, toda vez que la figura del arbitraje mixto es más amplia.

La amplitud de la figura del arbitraje mixto (alejándola de la idea de que éste siempre es un equivalente al arbitraje de inversión) nos motivaría para decir que el arbitraje de inversión sería una modalidad o un subconjunto del arbitraje mixto. Pues, a modo de ejemplo, un arbitraje mixto es el que se da en el marco del Tribunal de Reclamaciones Estados

Unidos de América-Irán, establecido mediante la Declaración de Argel de 1981, tribunal que conoce de demandas de nacionales iraníes contra Estados Unidos y de estadounidenses contra Irán, surgidos de deudas, contratos, expropiaciones u otras medidas que podrían afectar la propiedad. Pero, un ejemplo más de tribunales mixtos podría darse incluso en el terreno de los derechos humanos, si es que se considerara en algún momento que hay ámbitos litigiosos donde el demandado es un Estado (por la conducta de sus funcionarios) en los que las circunstancias aconsejen que el asunto se deba resolver por una instancia totalmente ajena a la estructura del Estado (sea administrativa o judicial), como podría ser el caso de la creación de tribunales arbitrales para resolver la solicitud de indemnización por prisión de inocentes que demandan un resarcimiento por el atropello de su libertad a manos del Estado y donde puede resultar poco coherente —o poco heterocompositivo— que una instancia del Estado demandado sea la que deba resolver si hay o no responsabilidad patrimonial del Estado.

Sin perjuicio de lo dicho, una visión retrospectiva del arbitraje mixto, en cuanto a sus orígenes, nos centra en un ámbito puramente económico, como se aprecia en sus inicios con asuntos como el *Caso de la Compañía del Canal del Suez (Recueil des Arbitrages Internationaux,* tomo II. París, 1923) y, hoy, el ejemplo paradigmático del arbitraje mixto es el arbitraje en los contratos públicos y el arbitraje de inversión.

(Autor: Jorge Luis Collantes González. Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Chueca Sancho. *Arbitraje entre Estados y particulares y Derecho Internacional Público*. En *El Arbitraje Internacional (XII Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales).* Zaragoza: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Zaragoza, 1989, pp. 63 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje del Estado.

Arbitraje multiparte y multicontrato (ver «Extensión a terceros de la cláusula arbitral»)

Arbitraje nacional (Arbitraje interno/doméstico)

Arbitraje nacional o interno es aquel arbitraje que carece de elementos de internacionalidad.

La Exposición de Motivos de la vigente Ley de Arbitraje Española proclama el sistema monista, aplicando los mismos preceptos de manera indistinta a arbitrajes internos e internacionales. De hecho, son muy pocas y están muy justificadas las diferencias existentes a la hora de regular el arbitraje internacional respecto al nacional. En efecto, aunque el arbitraje nacional y el arbitraje internacional responden en ocasiones a finalidades distintas, una buena regulación del arbitraje internacional resulta igualmente útil y adecuada también para el arbitraje nacional, y viceversa. Así, aunque la Ley Modelo UNCITRAL, que sirve de base a la Ley de Arbitraje española, está concebida específicamente para el arbitraje comercial internacional, lo cierto es que actúa igualmente como fuente de criterios inspiradores y de soluciones que resultan perfectamente válidas también para el arbitraje nacional.

Así, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje define su ámbito de aplicación como los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español, sean de carácter interno o internacional. Por tanto, este precepto supone un claro reconocimiento de la escasa importancia que ha otorgado el legislador a esta distinción.

De hecho, las únicas especialidades en la regulación de arbitrajes internacionales que se reflejan en la Ley de Arbitraje española se refieren a los supuestos en que haya una parte estatal, la determinación de la ley reguladora de la validez del convenio, determinación de la ley aplicable al fondo de la controversia y ampliación de los plazos.

Sin embargo, la Ley de Arbitraje española no define expresamente lo que debe entenderse por arbitraje nacional o interno, pero sí determina en su artículo 3 los requisitos que deben darse para considerar que un arbitraje tiene carácter internacional, siguiendo siempre los criterios marcados por la Ley Modelo UNCITRAL.

Así, interpretando dicho precepto a *sensu contrario*, podríamos llegar a definir el arbitraje nacional como aquel procedimiento que cumple con alguna de las siguientes características: a) que en el momento de la celebración del convenio arbitral las partes estuvieran domiciliadas en el territorio de un mismo Estado; b) que el lugar del arbitraje determinado en el convenio, el lugar de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la relación jurídica o el lugar con el que ésta mantenga una relación más estrecha esté situado en el territorio del mismo Estado en el que las partes tengan su domicilio; c) que la relación jurídica de la que emane la controversia no afecte a intereses del comercio internacional.

(Autores: Pedro Claros Alegría. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Claudia Velasco Papineschi. Abogada de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Hinojosa Segovia, R. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Grupo Difusión, 2008.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional.

Arbitraje no administrado (ver «Arbitraje *ad-hoc*»)

Arbitraje ocasional (ver «Arbitraje *ad-hoc*»)

Arbitraje *on line*

El arbitraje *on line* es aquél que se caracteriza porque todas las actuaciones que se desarrollan en el procedimiento tienen lugar a través de Internet o utilizando mecanismos electrónicos. Las ventajas que presenta esta figura son muchas. Entre otras, permite la solución de problemas con independencia del lugar en el que se encuentren las partes, agiliza las comunicaciones entre los sujetos implicados en el arbitraje y reduce los costes al eliminar la presencia física de los intervinientes. En definitiva, el arbitraje telemático se presenta como una alternativa adecuada para reducir los atascos de la Justicia, disminuir los gastos asociados al procedimiento judicial y eliminar las distancias entre las partes.

Para tener una visión más completa del procedimiento arbitral desarrollado en línea es preciso detenerse en el análisis de tres cuestiones fundamentales. Una primera está relacionada con los requisitos de forma que se exigen en el acuerdo o convenio arbitral. Se trata de saber las condiciones que deben cumplirse para que el compromiso de las partes de sometimiento al arbitraje pueda expresarse de forma electrónica. Un segundo aspecto a tener en cuenta se centra en el estudio del procedimiento arbitral, donde se prestará especial atención a las actuaciones requeridas para la celebración virtual de este sistema de resolución extrajudicial de conflictos. Por último, se hará referencia a la etapa final de este método telemático de solución de litigios, es decir, a la fase de emisión del laudo y, en concreto, a la posibilidad de que las sentencias arbitrales consten en formato digital.

La respuesta a la pregunta de si es posible el convenio arbitral digital se va a fundamentar en la Ley Modelo de la UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional (con las enmiendas aprobadas en 2006), en tanto y en cuanto se trata de una norma de general aceptación en las legislaciones internas de numerosos países. De entrada, el artículo 7 de la Ley Modelo, en su apartado primero, indica lo que debe entenderse por acuerdo de arbitraje. Al respecto, se establece que 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. A continuación, en el apartado segundo se exige que el acuerdo conste por escrito. Y en el apartado cuarto del mismo precepto, se especifica que 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. Por consiguiente, parece que existe fundamentación jurídica suficiente para aceptar la validez del convenio arbitral en soporte digital.

Una vez perfeccionado, el acuerdo desplegará dos efectos, uno positivo y otro negativo. El positivo se enmarca en el compromiso que asumen las partes de cumplir con todo lo establecido en el laudo arbitral y colaborar, por ende, en el nombramiento de los árbitros, así como en el desarrollo del procedimiento arbitral. Por su parte, el efecto negativo supone la renuncia de las partes a entablar sus acciones en la jurisdicción ordinaria. Con todo, se pueden plantear dificultades para garantizar la autenticidad del convenio arbitral, es decir, para acreditar su existencia y plena validez con el objetivo de que produzca todos sus efectos. Al respecto, habrá que tener en cuenta la regulación sobre firma electrónica, que también basaremos en la Ley Modelo UNCITRAL relativa a esta materia.

Un punto de partida importante es saber qué se entiende por firma electrónica. La Ley Modelo suministra una definición en el artículo 2, letra *a)*, que la refiere a los datos en forma electrónica consignados en un mensaje de datos, o adjuntados o lógicamente asociados al mismo, que puedan ser utilizados para identificar al firmante en relación con

el mensaje de datos e indicar que el firmante aprueba la información recogida en el mensaje de datos. Lo que la firma electrónica pretende garantizar es la seguridad en las comunicaciones telemáticas, aportando a los medios de comunicación empleados, autenticidad (para acreditar que las partes son realmente quienes dicen ser), integridad (demostrando que la información no ha sido alterada desde el momento en el que ha sido transmitida), confidencialidad (al utilizar la criptografía como medio para ocultar los datos o información que se transmite a través de las redes abiertas como Internet) y no repudio (consistente en la capacidad de probar a una tercera parte que una determinada comunicación ha sido originada, admitida y enviada a una determinada persona, evitando la negación de la transacción). Por lo tanto, el reconocimiento de efectos jurídicos equivalentes a la firma electrónica y a la manuscrita permite otorgar veracidad a lo documentado en un acuerdo arbitral digital y atribuir la autoría con una plena eficacia.

Dando por válida la celebración del convenio arbitral electrónico, la siguiente cuestión que requiere de una reflexión en el arbitraje *on line* es la concerniente al desarrollo del procedimiento. Los medios tecnológicos actuales permiten que el procedimiento arbitral y, más concretamente, aquellas fases del mismo que podrían requerir la presencia de las partes, se puedan celebrar de manera virtual. A este respecto habría que pensar en la instalación de equipos que permitan la celebración de las vistas o audiencias a través de una especie de videoconferencias. Tal videoconferencia permitiría el cumplimiento de los requisitos de audiencia y contradicción entre las partes, sin necesidad de que estén presentes en un mismo lugar los árbitros y cada una de aquéllas o sus representantes. Por su parte, sería posible también el uso del correo electrónico y los sistemas de charla interactiva (*chat*). Respecto a la práctica de la prueba, tampoco parece inverosímil el que la misma se pueda acordar en presencia de las partes, mediante videoconferencia, y que las pruebas concretas bien se practiquen del mismo modo o se remita su elaboración a los peritos pertinentes, los cuales únicamente tendrían

que remitir a los árbitros y a las partes los informes que reflejasen el contenido de su valoración.

Por último, sólo queda referirse a la posibilidad de que las sentencias arbitrales consten en formato digital. La emisión del laudo no requiere de la presencia de las partes, sino que se dicta tras la correspondiente reunión y votación de los árbitros. Por lo tanto, es perfectamente factible que se puedan emitir laudos en soporte electrónico, óptico o de otro tipo, siempre que sean accesibles para su posterior consulta y quede constancia de su contenido y firmas. Los árbitros pueden reunirse virtualmente a través de la videoconferencia y recurrir a los sistemas de correo electrónico y charla interactiva, si fuera necesario. Una vez redactada la sentencia, tendría que ser firmada por todos los árbitros, que podrían recurrir a la firma electrónica para rubricar el contenido del documento.

(Autora: Lidia Moreno. Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Europea de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Moreno Blesa, L. «La solución extrajudicial de litigios de consumo a través del arbitraje *on line*». *Revista de la Contratación Electrónica*, octubre 2008, n.º 97, pp. 3-59. Miguel Asensio, P.A. *Derecho Privado de Internet*. Madrid: Civitas, 2002, 3.ª Ed. Ávila de la Torre, A. «Cuestiones particulares en torno a la solución alternativa de controversias: hacia el arbitraje on line y la autodisciplina en el derecho de la publicidad», en la obra colectiva coordinada por Velarde Aramayo, M.ª S. *Introducción al Derecho del Arbitraje y Mediación.* Salamanca: Ratio Legis, 2006. Badenas Carpio, J.M. «Comercio electrónico y arbitraje», en la obra colectiva dirigida por Illescas Ortiz, R. *Comercio electrónico y protección de los consumidores*. Buenos Aires: La Ley, 2001.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Defensa y contradicción. Laudo. Ley Modelo UNCITRAL. Procedimiento arbitral. Prueba.

Arbitraje sindical

En el campo sindical es posible diferenciar dos clases de conflictos: los arbitrajes intra-sindicales y los arbitrajes inter-sindicales. Los primeros suponen un diferendo que se plantea en el interior de una determinada organización sindical, mientras que los segundos son conflictos que enfrentan a dos o más organizaciones sindicales entre sí.

Los conflictos intra-sindicales pueden versar sobre diversas cuestiones relacionadas con la vida interna y funcionamiento de los sindicatos, tales como: impugnación de acuerdos de asambleas, impugnación de sanciones disciplinarias o separación de afiliados y conflictos de carácter electoral, cuando se objetan decisiones del órgano electoral relativas a la participación en el proceso respectivo (inscripción y tacha de candidatos, procedimientos electorales, etc.), el acto de escrutinio o el resultado mismo de las elecciones. Estos asuntos, y otros de naturaleza similar, deben resolverse en base a las normas que rigen la vida sindical, esto es, la ley y el estatuto del Sindicato, razón por la cual deben clasificarse como conflictos de derecho o jurídicos. Para ello, los ordenamientos suelen habilitar la vía judicial y, en algunos casos, procedimientos administrativos. Nada obsta, sin embargo, para que las partes de la controversia decidan libremente sustraerse a estas vías y someterla al arbitraje. Debido a la naturaleza del conflicto, éste será un arbitraje de derecho, de carácter voluntario, debiendo descartarse la posibilidad del arbitraje obligatorio e, incluso, el potestativo.

En lo que se refiere a los conflictos inter-sindicales el panorama es, básicamente, el mismo. Estos conflictos tienen lugar, por lo general, en torno a la representatividad de los Sindicatos en la negociación colectiva, allí donde el ordenamiento concede una situación privilegiada al sindicato más representativo, o respecto a la inserción de éstos en organismos de concertación o de colaboración con el Estado en la formulación de políticas laborales o sociales, así como, eventualmente, en el derecho de acceder a determinados apoyos o subsidios económicos. De la misma

manera que en el caso anterior (conflictos intra-sindicales), los sindicatos en conflicto pueden tener expedita la vía judicial y, acaso, la administrativa, pero pueden decidir libremente someter el diferendo al arbitraje.

(Autor: Carlos Blancas B. Catedrático/Pontificia Universidad Católica del Perú).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Alonso García, Manuel. *Curso de Derecho del Trabajo.* Madrid: Editorial Ariel, 1981,7.ª Ed. actualizada. Alonso Olea, Manuel y M.ª Emilia Casas Baamonde. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Cívitas Ediciones, 2001, 19.ª Ed. revisada. De Buen, Néstor. *Derecho Procesal del Trabajo*. México. D.F.: Editorial Porrúa, 1988. Oficina Internacional del Trabajo. *La Libertad Sindical, Recopilación de decisiones y principios del Comité de Libertad Sindical del Consejo de Administración de la OIT»*. Ginebra, 2006, 5.ª Ed. revisada. Pasco Cosmópolis, Mario. *Fundamentos de Derecho Procesal del Trabajo*. Lima: AELE, 1999.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje laboral.

Arbitraje societario

Por «Arbitraje societario» debe entenderse la posibilidad de acudir a los cauces del Arbitraje para resolver un determinado conflicto que surge en relación a la violación de las normas contenidas en los Estatutos de una sociedad y, por extensión, en las leyes imperativas que deben regir y/o respetar estos últimos.

Es España, concretamente, la discusión en torno a la posibilidad de acudir al arbitraje para dirimir estos conflictos puede afirmarse, sin lugar a dudas, que viene de lejos. Y es que el arbitraje societario tendría su origen, según Cremades, en el Derecho Romano, y ha sido tradición de nuestro derecho histórico, al reconocerse incluso en la propia Constitución de 1812. Sin embargo, la promulgación de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951 y de la Ley de Arbitraje de 1953 supusieron un importante retroceso en dicha evolución, debido a la excesiva rigidez formal y al carácter excesivamente cerrado de esta última Ley.

No obstante, todo empezó a cambiar a tenor de la promulgación de la Ley n.º 3/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje, que motivó un importante cambio en la doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Supremo como de la Dirección General de Registros y del Notariado, a través de su importante Resolución de 19 de febrero de 1998, posteriormente acogida por la STS de 18 de abril de 1998.

En otros ordenamientos jurídicos como el francés, por ejemplo, las cláusulas estatutarias de sumisión a arbitraje se consideran plenamente válidas, y sólo son inarbitrables aquellas disputas que queden expresamente excluidas del arbitraje de forma taxativa e imperativa como, entre otras, ha determinado la *Cour d'appel* de París en una sentencia de 16 de febrero de 1989. Por su parte, también los ordenamientos jurídicos finlandés o peruano admiten ampliamente este tipo de cláusulas, al ser la propia norma legal la que autoriza la inclusión en los estatutos de una sociedad de una cláusula de estas características.

¿Qué problemas han suscitado o suscitan, sin embargo, en la práctica, este tipo de cláusulas?

En primer lugar, en función del tipo societario de que se trate, parte de los autores favorables a la arbitrabilidad de las cuestiones societarias distinguían según se tratara de sociedades abiertas y, en particular, de Sociedades Anónimas familiares o de Sociedades de Responsabilidad Limitada. Su postura partía, en efecto, del hecho de que en la primera tipología de sociedades, la trascendencia del orden público era mayor y, por tanto, el campo de actuación del arbitraje era también más limitado, a diferencia de lo que acontece en las sociedades cerradas. Otro sector de la doctrina, en cambio, mantenía, desde otra perspectiva, que los acuerdos contrarios a la ley (y que fueran nulos, por tanto), debían de quedar al margen del arbitraje, por mientras que los contrarios a los estatutos y los que lesionaran intereses de la sociedad tan sólo eran anulables y, por tanto, sometibles a arbitraje.

Hoy en día, sin embargo, esta postura puede entenderse ampliamente superada a favor de la arbitrabilidad de la materia societaria en ambos tipos o clases de sociedades.

En segundo lugar, se ha cuestionado también la pertinencia de acudir al arbitraje, cuando la impugnación judicial de un acuerdo por parte de un tercero, coexiste con una correlativa impugnación arbitral interpuesta por socios y/o administradores. ¿Qué procedimiento debe primar, entonces? En principio, todo apunta, siguiendo la doctrina mayoritaria, a que debe primar el procedimiento judicial por cuanto que el tercero no se encuentra vinculado por el convenio arbitral, incluso si ha recaído laudo arbitral antes de caducar el plazo de impugnación judicial, en méritos del principio de inmodificabilidad de las sentencias y laudos.

En tercer lugar, se han cuestionado, asimismo, las consecuencias que conlleva optar por un convenio arbitral estatutario o extraestatutario: ¿qué instrumento formal es, en efecto, el más idóneo para recoger el convenio arbitral? Sobre este particular, la doctrina más autorizada parece convenir también, para el supuesto de que se plasme dicho convenio en los estatutos de la sociedad, que dicho acuerdo abarcará tanto a los socios fundadores como a los futuros y, a su vez, a los órganos de la propia sociedad. Por el contrario, si dicho convenio se plasma en un pacto extraestatutario, tan sólo vinculará a las partes firmantes del mismo y extenderá, por tanto, sus efectos únicamente a quienes lo pactaron, en méritos del consabido principio de relatividad de los contratos establecido en nuestro Código Civil.

En cuarto lugar, también se ha discutido si cabe o no acudir al arbitraje en función de la imperatividad o de la indisponibilidad de la norma: así, ha sido reiterada la discusión en relación a la delimitación del concepto de lo disponible, apoyándose los sectores menos favorables al arbitraje en la imperatividad de ciertas normas, en la irrenunciabilidad de algunos derechos, en el orden público y en los intereses de terceros, como supuestas causas limitativas de la arbitrabilidad de determinadas

materias. Sin embargo, también aquí tanto la doctrina como la jurisprudencia actuales más autorizadas insisten en que no cabe identificar los conceptos de imperatividad de la norma aplicable con el de indisponibilidad de la materia. Y es que, efectivamente, el mero hecho de que el funcionamiento de los órganos que configuran las sociedades mercantiles se base en normas de carácter imperativo, no puede o no debería, por lo menos, de impedir el sometimiento de dichas materias a arbitraje, pues el árbitro se encuentra tan vinculado a dichas normas imperativas a la hora de resolver, como lo puede estar el juez, en su caso.

Por último, también se ha cuestionado si cabe o no arbitrar en equidad la materia societaria, atendida la imperatividad de las normas que la gobiernan. Y es que, sobre este particular, la doctrina y jurisprudencia parecen estar divididas: así, por mientras un sector parece sostener una postura contraria (como el mantenido por la SAP Barcelona de 2005, cuando literalmente dice que «la concurrencia de normas imperativas en la controversia, lejos de excluir el arbitraje, lo que impide es que la controversia sea resuelta por los jueces o, en su caso, por los árbitros al margen de dichas normas o contrariándolas») otro sector doctrinal, encabezado por el propio Tribunal Supremo, parecen inclinarse a favor de dicha posibilidad dado que, como sostiene este último órgano jurisdiccional, juzgar en equidad no significa, al fin y al cabo, prescindir del Derecho.

En síntesis, puede afirmarse, por tanto, que el arbitraje societario está cada día más extendido, admitiéndose ampliamente por parte de la gran mayoría de operadores jurídicos.

(Autor: Juan Pablo Correa Delcasso. Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Carazo Liébana. *El arbitraje societario.* Madrid: Marcial Pons, 2005. Cremades. *El arbitraje societario.* Buenos Aires: La Ley, 2000, Ref. D-281, tomo 9. Pérez de Miguel. *Arbitraje societario, evolución y perspectivas*. *Iuris*. Madrid: La Ley, 2005, n.º 100, pp. 46 y ss.

Arbitraje telemático (ver «Arbitraje *on line*»)

Arbitraje testamentario

1. Introducción

Dentro de los conflictos familiares, los relativos al reparto de la herencia representan, social y económicamente, una parte muy significativa de los mismos. Muchos de esos conflictos terminan en un largo y complicado proceso judicial, no sin antes suponer un elevado desgaste en las relaciones familiares de los sujetos afectados. Por ello, de modo alternativo a la solución judicial del correspondiente pleito sucesorio, se presentan en nuestro panorama jurídico otras vías alternativas de resolución de estas controversias. El arbitraje sucesorio puede ser una de ellas, aunque su órbita de aplicación es, quizá, demasiado limitada a tenor de su configuración normativa en la vigente Ley de Arbitraje.

Tan sólo un precepto de la vigente Ley española de Arbitraje de 2003, se ocupa de regular este tipo de arbitraje y ni una sola mención recibe esta modalidad en su Exposición de Motivos. El artículo 10, intitulado «Arbitraje testamentario», dentro del Título II (Del Convenio arbitral y sus efectos) dispone lo siguiente: «También será válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia».

Si bien, en la práctica, no es nada habitual encontrar cláusulas testamentarias en las que se otorga a un tercero la facultad de dirimir —con efectos similares a los de una sentencia—, determinados conflictos sucesorios, sí es altamente frecuente encontrar cláusulas en los testamentos en los que el testador prohíbe la intervención judicial en las cuestiones litigiosas derivadas de su herencia. La prohibición de la intervención judicial en la herencia suele ir acompañada, como contrapartida, de la designación de un sujeto que a modo de albacea o contador-partidor re-

suelva los problemas de interpretación derivados de la sucesión, o bien realice la partición de la herencia. Pero esto no es *arbitraje testamentario*, como tampoco lo es la decisión de todos los sucesores de someter a arbitraje las controversias relativas a la partición de la herencia.

Veamos, pues, en qué consiste el arbitraje testamentario a través de los sujetos y el objeto del mismo.

2. Ámbito de aplicación del arbitraje testamentario

2.1. ¿Quién puede ser árbitro testamentario?

Las personas designadas como árbitros testamentarios deben reunir los requisitos generales establecidos en la Ley. Estos requisitos se hallan definidos en tres preceptos de la vigente Ley de Arbitraje (artículos 13, 15 y 17). Todos ellos conducen al nombramiento de árbitros que desempeñen el arbitraje de modo independiente e imparcial. «En todo caso, no podrá mantener con las partes relación personal, profesional o comercial», dice el apartado segundo del artículo 17 de la Ley. Esta norma vincula al testador si en el testamento designa árbitro o árbitros, pero si encomienda la designación a un tercero, ha de ser ese tercero el que vele por el cumplimiento de este requisito de desvinculación personal, profesional o comercial. En este sentido, creo que la administración del arbitraje encomendada por el testador a instituciones especializadas garantiza el cumplimiento de esa triple desvinculación.

Parece que no hay inconveniente en que un albacea o contador partidor pueda ser también árbitro, si así lo desea el testador o el tercero habilitado por éste (Verdera Server). Hay opiniones contrarias, según las cuales «la función que asume el albacea es diferente e incompatible con la realizada por el árbitro designado en testamento, pues mientras aquél *vigila* para que se cumplan todas y cada una de las disposiciones ordenadas por el causante (…), y puede intervenir como parte procesal, sosteniendo la validez de las disposiciones de última voluntad, en juicio

o fuera de él (…), el árbitro se erige como «juez» de los litigios que nacen entre herederos voluntarios y legatarios, las cuales pueden tener su origen en las decisiones adoptadas por el albacea».

Los inconvenientes para que un albacea o contador-partidor puedan, también, ser designados árbitros, residen, en mi opinión, en el tipo de controversia ante el que nos encontremos. Ello decidirá, a mi juicio, si la imparcialidad o neutralidad que deben presidir la actuación de los árbitros se cumplen en el ejercicio de su arbitraje. Si, por ejemplo, el contador-partidor designado por el testador para realizar la partición de su herencia entre sujetos no legitimarios debe, además, resolver, con efectos de cosa juzgada, las posibles controversias que surjan a propósito de esa partición, parece que no está garantizada su imparcialidad y lo normal es que defienda (en el laudo que ha de dictar) la decisión adoptada en el cuaderno particional. Lo mismo sucedería en el caso de un albacea, también nombrado árbitro, que ha de resolver una controversia en la que ha sido «parte» por haber interpretado una cláusula testamentaria en contra del interés defendido, por ejemplo, por uno de los legatarios.

Se puede plantear también qué solución adoptar si el testador ha instituido el arbitraje en su testamento, pero no ha designado árbitro, ni ha encomendado su designación o administración a un tercero. En este caso, parece que habrá de procederse a la formalización judicial del arbitraje que debería ser solicitada por los sucesores interesados (artículo 15.3 de la Ley de Arbitraje). Si no lo hicieren, entiendo que perderían sus derechos en la sucesión, al no estar habilitados ellos para designar directamente el árbitro o árbitros. La formalización judicial del arbitraje también procedería en el caso en que el árbitro designado por el testador no quiere o no puede aceptar el cargo.

2.1.2. ¿A quién puede afectar el arbitraje testamentario?

El artículo 10 de la Ley española vigente se refiere a los problemas surgidos entre herederos no forzosos y legatarios. *Sensu contrario*, los herede-

ros forzosos (aquellos sujetos que deben recibir una parte determinada de la herencia del testador, de la que éste, por tanto, no puede disponer libremente) quedan fuera de las decisiones arbitrales en este ámbito. El precepto no es otra cosa que una proyección, en el ámbito del arbitraje testamentario, del principio que inspira la Ley de Arbitraje según el cual sólo son arbitrables las cuestiones disponibles. Tal principio se concreta en el artículo 2.1 de la precitada normativa: «Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho». La legítima de determinados parientes del causante no es una materia de libre disposición y, en consecuencia, no es materia arbitrable. En contra de este criterio se muestra O´Callaghan, según el cual «la legítima no debe estar excluida del arbitraje testamentario, sino que, una vez deferida la herencia o legado o incluso la donación que la haya atribuido, pertenece a la libre disposición, no ya del testador que ha muerto, sino de los legitimarios».

El principal problema que plantea el precepto es el de la comprensión del término «herederos no forzosos». Como se sabe, no todo legitimario es heredero. El testador puede atribuir bienes y derechos a sus legitimarios por un título diferente al de heredero. Puede hacerse esta atribución a través de un legado o a través de una donación. En fechas no muy lejanas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 17 de julio de 2002, manifestaba que «no es acertada la calificación que el Código Civil hace del legitimario como heredero forzoso. Pues, el causante puede cumplir con su obligación de respetar la legítima disponiendo de bienes y derechos a favor del legítimo hasta las cuotas legales, mediante la institución de heredero o de legado o incluso mediante una donación *intervivos* («por cualquier título» dice el artículo 815 del Código Civil)».

Así pues, si aplicamos literalmente el artículo 10 de la Ley de Arbitraje serían susceptibles de arbitraje los conflictos de los legitimarios que reciban su «herencia» a través de un legado o de una donación. Parece obvio que no quería ser éste el espíritu del precepto sino el de la «protección»

de los intereses de los legitimarios, independientemente del título por el cual reciban la atribución.

Ante esta situación, se ha propuesto la sustitución de «herederos no forzosos o legatarios» por «sucesores no forzosos», ya que de este modo quedaría también excluido del ámbito del arbitraje el cónyuge viudo que, al ser usufructuario y no heredero en sentido estricto, podría quedar incluido en una aplicación literal del artículo 10 (Albaladejo).

2.2. El objeto del arbitraje testamentario

Se ha criticado la estrechez del ámbito de aplicación de la figura. De hecho, algunos autores sugieren que hubiese sido preferible adoptar la denominación genérica de «arbitraje sucesorio», en lugar de «arbitraje testamentario». Con esta denominación más amplia, quedarían incluidas todas las formas de disposición *mortis causa*, tanto a través de negocios unilaterales (testamento) como a través de contratos o pactos sucesorios, no reconocidos en el Código Civil, pero de larga tradición y con proyección legislativa en algunas comunidades del territorio español.

El artículo 10 somete a arbitraje las «diferencias (…) por cuestiones relativas a la distribución y administración de la herencia». La expresión «administración de la herencia» es clara —al menos en su significado teórico— y puede ser comprensiva tanto de la administración y gestión como de la conservación del caudal hereditario (Albaladejo).

Por el contrario, el término «distribución» ofrece dudas mayores en cuanto a su significado. Parece no estar comprendido —al menos de modo expreso— en el ámbito del arbitraje testamentario, la partición de la herencia, cuestión ésta que representa en la práctica la mayor parte de los litigios sucesorios.

¿Pueden identificarse los términos «distribución» y «partición» de la herencia, término éste usado por nuestro Código Civil? ¿O la «distribu-

ción» se identifica, mejor, con «operaciones divisorias», a las que hace referencia explícita la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil (2000)? En todo caso, el término «distribución» es raramente utilizado por el legislador español. A él hace referencia el artículo 1058 del Código Civil, al establecer lo siguiente: «Cuando el testador no hubiese hecho la partición ni encomendado a otro esta facultad, si los herederos fueren mayores y tuvieren la libre administración de sus bienes, podrán distribuir la herencia de la manera que tengan por conveniente».

Parece que es defendible la equivalencia semántica de los términos distribución y partición porque, muy probablemente, el término «distribuir» se utiliza en el citado precepto con la única finalidad de evitar la reiteración léxica. Distribuir equivale, pues, al conjunto de operaciones divisorias o particionales (inventario, avalúo, liquidación y división de los bienes del causante) detalladas en el artículo 786 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo, se ha entendido, que el término «distribución» engloba aquellas cuestiones que surjan sobre el reparto de bienes hecho por el propio testador (Albaladejo).

3. Utilidad del arbitraje testamentario

Hoy parece superada la polémica sobre la validez jurídica de la institución arbitral dimanante de la voluntad unilateral del testador.

El denominado arbitraje testamentario goza de cobertura legal suficiente para constituir, no una excepción a la tutela judicial efectiva, sino una alternativa perfectamente válida en la sociedad contemporánea. En primer lugar, el legislador español, y también otros, han optado por reconocer su legitimidad expresa. Por otro lado, la ley permite que en determinados casos el testador prohíba la intervención judicial en su sucesión, con lo que se está abriendo la puerta a los métodos alternativos de solución de conflictos, entre los cuales, el arbitraje cobra protagonismo, porque tiene todas o casi todas las ventajas de un procedimiento judicial, en un tiempo y con unos costes inferiores.

La voluntad del testador, a la hora de establecer el arbitraje testamentario, no es la de imponer una carga sino la de facilitar a sus sucesores un mecanismo para resolver de forma ágil sus diferencias. El arbitraje testamentario se incardina en la tendencia actual de ampliación de la autonomía del testador hacia una, cada vez mayor, libertad de testar. Si la autonomía testamentaria es cada vez mayor, el arbitraje testamentario tiene, cada vez más, abonado su campo de aplicación.

(Autora: Fátima Yánez Vivero. Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil de la UNED. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Verdera Server. «Comentario al artículo 10 de la Ley de Arbitraje». En Barona Vilar (Coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Navarra: Thomson-Cívitas, 2004. Merino Merchán y Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral.* Navarra: Thomson-Cívitas, 2006. García Pérez, *El arbitraje testamentario.* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. Hidalgo García. «Comentario del artículo 10 de la Ley de Arbitraje». En Guilarte Gutiérrez. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje.* Valladolid: Lex Nova, 2004. O´Callaghan. «El arbitraje en Derecho Sucesorio». *La Notaría,* 2007, n.os 47-48, pp. 57-68. Albaladejo. «El arbitraje testamentario». *Actualidad Civil,* 1990, n.º 1. Hernández Burriel. «Comentario de los artículos 9 y 10 de la Ley de Arbitraje». En Hinojosa Segovia (Dir.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje.* Grupo Difusión, 2004. González Carrasco. «Comentario del artículo 10 de la Ley de Arbitraje». *Comentarios a la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.* Garberí Llobregat (Director). Barcelona: Bosch, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de Derecho. Arbitraje de equidad.

Arbitraje tributario

El arbitraje tributario es un mecanismo de resolución de controversias surgidas en la relación entre el contribuyente y el sujeto activo de la relación tributaria.

Cabe distinguir dos ámbitos del arbitraje tributario: el interno, que es el que se origina en un ámbito estrictamente doméstico, como consecuencia de las controversias originadas en las relaciones entre el contribuyente y la Admi-

nistración tributaria; el internacional en el que las partes que dirimen sus diferencias son las Administraciones Tributarias que de forma directa o indirecta se consideran acreedoras de la deuda tributaria de un contribuyente.

El arbitraje tributario interno es un mecanismo de resolución de conflictos que tiene escasa recepción en los ordenamientos jurídicos. El principio de indisponibilidad de los créditos tributarios que se impone a los fiscos limita su ámbito de actuación y en especial la posibilidad de que acepten soluciones que se aparten de la estricta y rigurosa aplicación de la legislación tributaria. Al fin y al cabo, este principio de indisponibilidad es consecuencia del principio de legalidad y de reserva de ley que afecta a los tributos y del principio de igualdad que impide que ante situaciones equivalentes se alcancen soluciones distintas.

No cabe duda, sin embargo, que desde la doctrina científica se reclaman con mayor asiduidad soluciones de este tipo que permitan, ante el colapso de los órganos de resolución de controversias de las Administraciones Fiscales y de los tribunales de justicia, la creciente complejidad de las relaciones tributarias y las dificultades derivadas de la aplicación de normas previstas con carácter general a determinadas situaciones concretas en las que se producen inequidades manifiestas.

El arbitraje tributario internacional, tiene por el contrario una mayor receptividad, en particular desde que algunos Convenios de doble imposición lo han incorporado como posible vía de solución a las controversias derivadas de su aplicación y que la propia OCDE incorporó esta posibilidad en su Modelo de Convenio de 2008. Este arbitraje se origina con ocasión de una controversia derivada de la exacción de un tributo a un contribuyente no residente que considera que esa imposición no resulta conforme a las disposiciones del Convenio. El Convenio permite a ese sujeto pasivo acudir a su Administración Tributaria de residencia, ésta deberá tratar de solventar la cuestión de forma unilateral, pero si no resulta posible, instará a la Administración del otro Estado para que se avenga a una solución, en el marco del procedimiento amis-

toso previsto en el Convenio. Sin embargo, la realidad ha mostrado cómo este procedimiento amistoso, que no obliga a alcanzar resultados positivos en plazo alguno, resulta inadecuado para las numerosas controversias originadas en una economía cada vez más globalizada y que debe hacer frente a sistemas impositivos de notable complejidad. Por ello el recurso al arbitraje como solución de último recurso ante la falta de acuerdo entre las Administraciones en el ámbito del Derecho Tributario Internacional se convierte en la solución preferida por la OCDE.

El Arbitraje Tributario Internacional puede resolver cuestiones de derecho, como la interpretación a la que debe, someterse ciertas disposiciones, pero está especialmente destinado a resolver cuestiones de hecho, en especial en el ámbito de los precios de transferencia, donde la solución adecuada dista de ser el resultado de una ciencia exacta y contiene notables márgenes de maniobra que en la práctica requieren de soluciones no maximalistas.

Los autores que defienden el Arbitraje Tributario Internacional alegan que permitirá una rápida solución a las controversias planteadas, evitando los largos plazos a los que se ven enfrentados en la actualidad los contribuyentes que no ven otro mecanismo alternativo al procedimiento amistoso, lo que permitirá un importante ahorro de costes tanto desde el lado del contribuyente, que no se verá obligado a entablar largos y costosos procesos judiciales, y desde el lado de la Administración, que ahorrará efectivos y largos procedimientos.

Existen, no obstante, opiniones que entienden que este mecanismo no aportará verdaderas soluciones, que las ventajas son mínimas y que es el resultado de una estrategia de algunos grupos de presión, que alcanzarán de este modo soluciones *ad-hoc* a sus problemas tributarios al margen del principio de legalidad.

(Autor: Joan Hortalà. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves, Pereira. Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Arbitraje mixto. Arbitraje ambiental. Arbitraje del Estado. Doble imposición.

Arbitraje unilateral (en el marco de las inversiones extranjeras)

El consentimiento de las partes para someter sus controversias a arbitraje es el pilar fundamental del arbitraje. En el marco del arbitraje de inversiones, los inversores pueden iniciar un arbitraje CIADI contra el estado receptor de la inversión si existe un contrato que contiene una cláusula arbitral o un acuerdo separado por el que el estado receptor de la inversión y el inversor acuerdan someterse al arbitraje. Pero, la particularidad en el arbitraje de inversiones es que también se puede iniciar un arbitraje incluso si no existe un contrato entre el Estado y el inversor. Por eso, en este último caso se suele hacer referencia al término «arbitraje sin consentimiento», más conocido por su denominación inglesa acuñada por Jan Paulsson, «*arbitration without privity*», debido a que no existe un documento entre las partes que recoja el consentimiento de ambas para someter a arbitraje las controversias que surjan entre ellas.

En realidad, no es que no exista consentimiento para acudir al arbitraje, sino que el consentimiento de las partes para utilizar este medio de resolución de conflictos se presenta de una manera muy diferente a como se expresa en el arbitraje comercial. Así, cuando no existe el vínculo contractual, puede darse el caso que el inversor pueda recurrir al arbitraje, en particular del CIADI, si el Estado receptor de la inversión se ha sometido a la jurisdicción del CIADI, lo que puede hacerse a través de la legislación nacional o a través de un tratado bilateral o multilateral de inversiones, lo que es más frecuente. En efecto, en estos tratados es habitual que los Estados parte de los mismos se sometan a la jurisdicción del CIADI para resolver las controversias que surjan en materia de inversiones entre uno de los Estados parte del tratado y los nacionales de los otros Estados parte del mismo. Así pues, el Estado receptor de la inversión consiente el sometimiento al arbitraje a través del tratado en un momento anterior al surgimiento de la controversia, mientras que el inversor presta su consentimiento posteriormente, en cualquier momento por escrito o a través de la presentación de la solicitud de arbitraje, que es lo más frecuente.

De lo dicho se desprende que cuando el Estado receptor de la inversión manifiesta su consentimiento a someterse a la jurisdicción del CIADI a través de su legislación interna, en realidad está realizando una oferta para someterse a la jurisdicción del CIADI, que debe completarse con el acuerdo del inversor para que el CIADI tenga jurisdicción. Como se ha mencionado, el inversor puede prestar su consentimiento en cualquier momento, ya sea por escrito o mediante la solicitud de arbitraje, y mientras el inversor no lo haga, el Estado puede retirar su consentimiento modificando su legislación nacional, y por ello es recomendable que los inversores manifiesten su consentimiento tan pronto como sea posible, sin esperar a que surja una controversia y a presentar la correspondiente demanda de arbitraje.

Igualmente, cuando el consentimiento del Estado receptor se encuentra expresado en un tratado bilateral o multilateral de inversiones, también se puede considerar como una oferta de los Estados parte a someterse a la jurisdicción del CIADI, si así se puede deducir de la cláusula de arbitraje, ya que en muchos casos la fórmula de redacción elegida en el tratado no supone una obligación para el Estado firmante de acudir al arbitraje. Ahora bien, cuando de la redacción sí se permite concluir que el Estado ha presentado una oferta para arbitrar, para que el Estado pueda retirar esta oferta deberá respetar los principios del Derecho Internacional, así como las disposiciones previstas en el tratado correspondiente para la denuncia del mismo.

La posibilidad de que pueda prestarse el consentimiento de esta manera tan flexible en el ámbito de las inversiones viene avalada, no sólo por el artículo 25 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, al establecer simplemente que es suficiente con que las partes presten su consentimiento por escrito, sin fijar otras indicaciones, sino también por las decisiones de tribunales arbitrales en materia de inversiones.

El primer caso en el que se habló de un consentimiento unilateral fue en el caso SPP contra Egipto, en el que se decidió a favor de la jurisdicción del CIADI porque Egipto había prestado su consentimiento para resolver las controversias relativas a inversiones por medio de su legislación interna sobre inversiones, mientras que el inversor había aceptado la jurisdicción del CIADI a través de una carta enviada a las autoridades egipcias aceptando expresamente la jurisdicción del CIADI.

Mientras que en el caso descrito el Estado había prestado su consentimiento a través de su legislación interna, el primer caso en el que el consentimiento unilateral se basó en un Tratado Bilateral de Inversiones fue el Caso Asian Agricultural Products Ltd. (AAPL) contra Sri Lanka. En dicho caso se tuvo en consideración el Tratado Bilateral de Inversiones entre Sri Lanka y el Reino Unido que contenía una cláusula de sumisión de controversias entre un Estado y un nacional del otro Estado a la jurisdicción del CIADI. Desde entonces ha habido muchos laudos que han fundado la jurisdicción del CIADI en cláusulas similares, pero también han surgido voces que han considerado que una mera referencia al arbitraje CIADI en un tratado bilateral no es suficiente para crear la jurisdicción del CIADI, sino que habría que tener en cuenta la redacción de una cláusula de este tipo. Por ello, para evitar cualquier duda sobre esta cuestión, los tratados bilaterales de inversiones más recientes intentan ser totalmente claros y establecen que el tratado constituye el consentimiento a la sumisión al CIADI a los efectos del artículo 25 del Convenio CIADI, y en algunos casos se establece incluso que cada Estado parte del tratado presta su consentimiento de manera irrevocable.

Dicho esto, se explica mejor la utilización del término «arbitraje unilateral» en el marco de arbitraje de inversiones. Dicho término hace referencia a la misma realidad a la que se hace referencia cuando se habla de «*arbitration without privity*», puesto que deriva de las mismas circunstancias particulares en cuanto a la forma de prestar el consentimiento en el arbitraje, sólo que con el término arbitraje unilateral se pone el énfasis en la forma particular en la que el Estado receptor emite el con-

sentimiento al arbitraje, sin conocer siquiera quién será el receptor de esa oferta de arbitraje, pues ese consentimiento se realiza de una forma unilateral, general y abstracta, y en la forma, también particular, en que se inicia el arbitraje, pues es la iniciativa del inversor la que comienza el arbitraje y la que lleva a la concreción ese consentimiento general y abstracto realizado por el Estado receptor de la inversión.

Si bien es cierto que esta teoría se ha desarrollado en el contexto del arbitraje CIADI, la misma no se aplica solamente a éste, sino que también se puede aplicar a arbitrajes de inversión bajo los auspicios de instituciones como la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional o de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo, puesto que en muchos tratados bilaterales además del arbitraje CIADI se prevén otros tipos de arbitraje como los mencionados, ofreciendo incluso el arbitraje CIADI junto con otras alternativas. Así, de la misma manera, cuando del texto del tratado se desprende que los Estados prestan su consentimiento unilateral a someterse al arbitraje mencionado en el tratado bilateral, falta solamente el consentimiento del inversor, que lo prestará de las maneras ya mencionadas más arriba. Y en el caso en que el tratado prevea varias posibilidades, se entiende que el Estado presta su consentimiento a cualquiera de los tipos de arbitraje previstos, siendo el inversor el que tome la decisión final de qué arbitraje prefiere.

(Autor: Víctor Bonnín Reynés. Abogado de Garrigues. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Paulsson. *Arbitration Without Privity*, (1995) 10 ICSID Rev. 2, 232-257. Schreuer L., L. Malintoppi, A. Reinisch y Sinclair. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 2.ª Ed. Reed L., J. Paulsson, N. Blackaby. *Investment Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2004, pp. 35-71. Prujiner. *L'arbitrage unilateral: un coucou dans le nid de l'arbitrage conventionnel?* (2005) 1 Rev. Arb. 63-99. Ben Hamida, W. *L'arbitrage transnational unilateral. Réflexions sur une procedure reserve à l'initiative d'une personne privée contre une personne publique.* Bruylant, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APRIs). Arbitraje. Arbitraje Internacional. Arbitraje de inversiones. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI). Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Oferta del consentimiento estatal al arbitraje.

Arbitraje y concurso interno

La relación entre el arbitraje y el concurso comprende cuestiones reguladas fuera y dentro de la Ley n.º 22/2003 de 9 de julio de 2003, Concursal (en adelante, LC), que ha sido modificada, en lo que interesa a esta voz «arbitraje y concurso interno», con posterioridad a su envío para la publicación en el Diccionario, por lo que incluimos la modificación legislativa operada por la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011 de reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado, publicada en el BOE de 21 de mayo de 2011 (n.º 121), en adelante, Ley n.º 11/2011. En particular, su Disposición Final Tercera modifica el número 4 del artículo 8, y el apartado 1 del artículo 52 de la LC. Dado que la citada reforma entrará en vigor a los veinte días de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, nos referiremos tanto a la vigente como a la futura regulación de esta materia.

Entre las cuestiones reguladas fuera de la LC, destacan la posible condición de concursado en el árbitro; la administración del concurso por árbitros cuando una de las partes está incursa en procedimiento de insolvencia o ha sido declarada insolvente; la arbitrabilidad de las cuestiones concursales; la libertad subjetiva de las partes para someter la insolvencia a arbitraje y la jurisdicción estatal exclusiva y excluyente de las cuestiones arbitrales (artículo 8 LC); la compatibilidad del arbitraje con los procedimientos concursales; la posibilidad de arbitrajes con múltiples partes, y derivado de ello la eficacia *inter partes* del convenio arbitral. Los procedimientos extraconcursales, realizados fuera del pro-

cedimiento de insolvencia, se asemejan más a la conciliación y al contrato de transacción que al arbitraje.

El examen de esta voz se limita a las cuestiones reguladas por la LC que relacionan el concurso y el arbitraje. En el ámbito internacional, el Derecho comparado ofrece diversidad de soluciones al «encaje» de las instituciones concursal y arbitral, que es objeto de otra voz en este diccionario (Arbitraje concursal internacional), por lo que nos limitamos a aclarar que la nacionalidad o internacionalidad del arbitraje es cosa distinta de la nacionalidad o internacionalidad del laudo. En España, a partir de la LC, la doctrina se ha ocupado de estudiar la novedosa regulación de la relación entre concurso y arbitraje.

Los efectos que la declaración del concurso produce sobre los convenios de arbitraje aparecen en el párrafo 1 del artículo 52 de la LC, que ha sido objeto de modificación por la Ley n.º 11/2011, como se expone más adelante, y que establece 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». Algunos ordenamientos ofrecen otras soluciones.

La ineficacia de las cláusulas de arbitraje durante la tramitación del procedimiento se explica por el carácter exclusivo y excluyente de la jurisdicción mercantil en relación a la materia concursal (Ley Orgánica n.º 3/2003 de 9 de julio de 2003, para la Reforma Concursal). La eficacia del convenio arbitral queda desplazada por voluntad del legislador en aras del principio de unidad procedimental del concurso.

El efecto que la declaración de concurso produce sobre las cláusulas de arbitraje pactadas ha sido considerado, por la doctrina autorizada, que es el propio de un efecto sobre un contrato.

Los convenios de arbitraje que son declarados sin valor ni efecto son necesariamente aquéllos que tienen trascendencia sobre el patrimonio del

deudor (artículo 8.1º LC) y que entran en el ámbito del Juez del concurso. En consecuencia, si el convenio de arbitraje se refiere a cuestiones que afectan al deudor en aspectos diferentes, o que quedan sustraídos a la competencia del Juez del concurso, dichos convenios son eficaces. Se plantea la necesidad de interpretar en cada caso qué acciones tienen trascendencia patrimonial.

El ámbito subjetivo del artículo 52 LC ha de ser interpretado restrictivamente, en el sentido de que la ineficacia se refiere a convenios en los que sea parte el deudor. Se trata de convenios arbitrales bilaterales entre el deudor y un tercero, dotados de trascendencia patrimonial y en la persona misma del deudor. Otra interpretación impediría, entre otros, los convenios de arbitraje entre varias partes por la circunstancia de que una de ellas fuera el deudor.

Si bien el ámbito internacional no es objeto de esta voz, al menos conviene mencionar que los convenios arbitrales celebrados por el deudor no perderán su valor o eficacia durante la tramitación del concurso si algún tratado internacional permite sostener lo contrario. Esta mención interesa aquí, toda vez que la aplicación de los tratados internacionales plantea el posible reenvío a los Derechos nacionales, como la LC.

El artículo 52.2 LC regula la incidencia de los procedimientos arbitrales en el concurso estableciendo que «los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso se continuarán hasta la firmeza del laudo, siendo de aplicación las normas contenidas en los apartados 2 y 3 del artículo anterior». Con ello se cumple la tendencia propia del arbitraje consistente en la continuación de los procedimientos arbitrales en las circunstancias descritas en el artículo 52.2 LC, lo que conlleva la aplicación de las reglas generales en esta materia, como son las reguladas en la Ley de Arbitraje (en adelante, LA). En particular, la firmeza del laudo se producirá cuando transcurra el plazo de interposición del recurso de anulación, o cuando se resuelva dicho recurso denegando la anulación.

El significado de «procedimiento arbitral en tramitación» comprende, al menos, el caso de un procedimiento arbitral que haya comenzado. La LA (artículo 22) señala que el arbitraje comienza cuando los árbitros han notificado a las partes por escrito la aceptación del mismo, siendo de aplicación la interpretación del artículo 15.2 LA. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículo 722) permite otra interpretación dado que la LC no se refiere al inicio o comienzo del procedimiento arbitral, sino a un procedimiento en tramitación, lo que puede interpretarse en el sentido de la puesta en marcha de los trámites necesarios para el inicio jurídico del procedimiento arbitral. En este sentido, téngase en cuenta la posibilidad de solicitar medidas cautelares con anterioridad al momento jurídico de iniciación del proceso arbitral.

La Disposición Final Tercera de la Ley n.º 11/2011, establece que el apartado 1 del artículo 52 de la LC pasa a tener la siguiente redacción: «1. La declaración de concurso, por sí sola, no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado. Cuando el órgano jurisdiccional entendiera que dichos pactos o convenios pudieran suponer un perjuicio para la tramitación del concurso podrá acordar la suspensión de sus efectos, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales».

Los párrafos 2.º y 3.º del artículo 51 LC se refieren a normas de orden público fundamentales para el reconocimiento y ejecución del laudo. Así, el árbitro que es informado de la declaración de concurso de una de las partes, no podrá desconocer las reglas.

La incidencia de las sentencias y los laudos firmes en el procedimiento concursal se regula en el párrafo 1.º del artículo 53 LC, que dispone: «las sentencias y los laudos firmes dictados antes o después de la declaración de concurso vincularán al Juez de éste, el cual dará a las resoluciones pronunciadas el tratamiento concursal que corresponda».

El artículo 53.2 LC establece que «lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de la acción que asiste a la administración concursal para

impugnar los convenios y procedimientos arbitrales en caso de fraude». Sorprende la falta de referencia expresa del citado precepto a la posible impugnación del laudo por parte de la administración concursal.

La competencia de los Jueces de lo Mercantil sobre el arbitraje se regula en la Ley Orgánica de Reforma Concursal, donde el arbitraje se atribuye, no de forma generalizada, sino exclusivamente por razón de la materia allí enunciada (conforme al artículo 86 *ter* de la Ley Orgánica n.º 6/1985 de 1 de julio de 1985, del Poder Judicial, «conocerán de cuantas incidencias o pretensiones se promuevan como consecuencia de la aplicación de la normativa vigente sobre arbitraje a materias a las que se refiere este apartado»). Este precepto no casa bien con la institución arbitral, al tiempo que ha planteado problemas de interpretación y de distribución de competencias entre los Juzgados del orden jurisdiccional civil.

Una de las cuestiones controvertidas es la competencia del tribunal arbitral para dictar medidas cautelares, aun cuando éstas puedan afectar al patrimonio del concursado, entrando en conflicto con la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso (artículo 8.4º LC). La LA contempla expresamente la posibilidad de solicitar medidas cautelares al Juez competente durante la pendencia del recurso de anulación del laudo (artículo 50 LA), pero guarda silencio sobre si es posible solicitarlas con anterioridad a la emisión del mismo. La LA no menciona la concesión de medidas cautelares por el árbitro, como suele ocurrir en las leyes de arbitraje si bien la tendencia está cambiando, la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 721 y ss.) permite la asistencia de los Tribunales del Estado al arbitraje en esta materia, si bien no se pronuncia sobre si los árbitros pueden adoptar medidas cautelares.

La LC, además del artículo 8.4, prevé la continuación de los procedimientos arbitrales en tramitación (artículo 52.2 LC), lo que implica cierta contradicción, al privar al árbitro que conoce el fondo del asunto de la posibilidad de dictar medidas cautelares en relación con el litigio que está conociendo y llevando. Igualmente, el artículo 53.1 LC esta-

blece que los laudos firmes dictados antes o después de la declaración del concurso vinculan al Juez de éste, siendo común en la práctica arbitral que las medidas cautelares adopten la forma de laudos parciales.

La Disposición Final Tercera de la Ley n.º 11/2011, modifica el número 4 del artículo 8 en el sentido de que «toda medida cautelar que afecte al patrimonio del concursado excepto las que se adopten en los procesos que quedan excluidos de su jurisdicción en el párrafo 1.º de este precepto y, en su caso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52, las adoptadas por los árbitros en las actuaciones arbitrales, sin perjuicio de la competencia del juez para acordar la suspensión de las mismas, o solicitar su levantamiento, cuando considere que puedan suponer un perjuicio para la tramitación del concurso».

Conviene tener presente el contenido del Proyecto de Ley para la reforma de la Ley de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado de 2003, aprobado el 16 de julio de 2010 por el Consejo de Ministros, que se acompañó de un Proyecto de Ley Orgánica complementaria por la que se modificaba la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1995, en lo que se refiere a las funciones de apoyo al arbitraje de los tribunales, Proyectos de Ley que fueron remitidos a las Cortes Generales. Entonces, entre otras modificaciones, destacaba la vigente regla de nulidad del convenio arbitral en caso de concurso de acreedores por la de su vigencia, sin perjuicio de que el juez del concurso pudiera anularlo en caso de perjuicio para los acreedores. Asimismo, las funciones de apoyo y control judicial del arbitraje se atribuían a las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, que hoy corresponden a los Juzgados de Primera Instancia y de lo Mercantil.

En suma, como expresa el Preámbulo de la Ley n.º 11/2011, ligada a la reforma de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, se encuentra la reforma del artículo 52.1 de la Ley n.º 22/2003 de 9 de julio de 2003, Concursal. La nueva redacción se adapta a las soluciones comunitarias en la materia y elimina la incoherencia existente hasta la

fecha entre los dos apartados del artículo 52. Se pretende con ella mantener la vigencia del convenio arbitral siempre que se proyecte sobre meras acciones civiles que, pese a que pudieran llegar a tener trascendencia patrimonial sobre el deudor concursal, podrían haberse planteado con independencia de la declaración del concurso. Es el caso, entre otras, de las acciones relativas a la existencia, validez o cuantía de un crédito, las destinadas al cobro de deudas a favor del deudor, las acciones reivindicatorias de propiedad sobre bienes de un tercero en posesión del deudor concursal y los litigios relativos a planes de reorganización concluidos entre el deudor y sus acreedores antes de la declaración de apertura. No obstante lo anterior, se faculta al órgano jurisdiccional competente, para suspender de efectos los pactos o convenios arbitrales previamente suscritos, si entendiese que los mismos pueden suponer un perjuicio para la tramitación del concurso.

(Autora: Dra. Bárbara de la Vega Justribó, Prof.ª de Derecho Mercantil de la U. Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Verdera Tuells, E. «Reflexiones preliminares sobre el arbitraje en la Ley Concursal». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*. Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, 2004, pp. 11-68; Perales Viscasillas, P. «Arbitraje y Concurso» En *Estudios sobre la Ley Concursal: Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, 2005, vol. 3, pp. 3061-3086; *Idem*, «Los efectos del concurso sobre los convenios arbitrales en la Ley Concursal n.º 22/2003 (I) y (II)». En *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2004, n.º 3, pp. 1838-1848, y pp. 1849-1859; Cordón Moreno, F. «Las relaciones entre el concurso y el arbitraje». *Anuario Derecho Concursal*, 2008, n.º 15, pp. 9-32.

RESOLUCIONES JUDICIALES: Auto de la Audiencia Provincial de La Rioja (1.ª), de 8 de octubre de 2009; Sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de noviembre de 1992 y de 3 de marzo de 1997; Sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 29 de octubre de 2001.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje concursal internacional. Arbitraje de consumo. Medidas cautelares. Reglamento n.º 1346/2000.

Arbitrium boni viri

El *arbitrium boni viri* o arbitrio de equidad es la decisión que adopta un tercero ajeno a la relación contractual, mediante la cual determina algún elemento esencial o accidental del contrato, cumpliendo así con el encargo o atribución que las propias partes contratantes le confirieron con ese fin.

«En estas condiciones, el tercero no actúa como árbitro, en el sentido que él no decide un litigio entre las partes, sencillamente porque este litigio no existe, sino que se limita a completar la relación contractual» (De la Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, tomo II, p. 87). Por tal motivo, el tercero no es propiamente un árbitro sino un arbitrador, su rol no es el de un juez porque no actúa para dirimir una controversia; por el contrario, es el que aporta el elemento faltante para consumar el acuerdo de voluntades o viabilizar su ejecución.

Así, por ejemplo, será un arbitrio de equidad la decisión encargada por dos contratantes a un tercero mediante la cual éste determine el plazo dentro del cual el vendedor deberá entregar al comprador el automóvil usado que le vendió. Como se aprecia, no media entre comprador y vendedor controversia alguna. Antes bien, ambos contratantes se valen del arbitrio del tercero para hacer posible un acuerdo de voluntades que de otro modo no se habría logrado o se habría conseguido a un costo diferente.

La decisión del tercero no puede ser arbitraria, caprichosa o antojadiza. La decisión *boni viri* debe basarse en un criterio de equidad. Como afirma Roppo, «la determinación según apreciación equitativa es aquélla por la cual el tercero debe determinarse mediante el equilibrado y racional empleo de criterios objetivos, teniendo en cuenta las circunstancias relevantes que específicamente caracterizan el caso concreto» (Roppo, Vincenzo. *El Contrato*, p. 534). Consiguientemente, si bien se espera

que el arbitrador de equidad proceda según las reglas de la buena fe y de acuerdo a su sentido de justicia, también se quiere que actúe del modo más objetivo posible, de forma que no se aparte del criterio estándar o generalmente aceptado para situaciones similares o equivalentes.

El *arbitrium boni viri* se diferencia del *arbitrium merum* o mero arbitrio en que la decisión del tercero en este último caso es discrecional, sin que por ello tal decisión pueda ser de mala fe o sobrepasar los límites de la razón.

En ambos casos el arbitrador debe desempeñar el encargo de buena fe, pero en el *arbitrium* de equidad la decisión debe aproximarse lo más posible a la solución típica, razonablemente predecible para circunstancias equivalentes de personas, tiempo y lugar, en tanto que en el *arbitrium merum* la decisión se basa en la libertad del tercero para aplicar el criterio que mejor le parezca, discrecionalmente, aunque tal decisión se aparte de la norma o difiera de la que habría correspondido de haberse usado un criterio de equidad.

Existe amplia discusión en la doctrina acerca de cuáles son los aspectos específicos del contrato cuya determinación puede deferirse a la decisión de un tercero. Sin embargo, hay relativo consenso en que el arbitramiento del tercero debe tener su fuente de sustento en el propio contrato del cual emana el encargo. No debería admitirse como válido el acuerdo que deja totalmente indeterminado e indeterminable el objeto de la prestación con el fin de que sea un tercero quien lo determine, pues en tal caso no se le estaría pidiendo al tercero una determinación propiamente, sino la definición unilateral de la prestación contractual, hecho que desnaturalizaría el presunto origen contractual de la misma. Por ejemplo, no sería admisible el contrato por el cual una parte acuerde vender cierto bien a cambio del pago al contado de 1000 monedas, encargándose a un tercero la determinación del bien materia de la venta. En este ejemplo es claro que entre el vendedor y el comprador no llega a perfeccionarse contrato alguno, pues el acuerdo celebrado no

contiene estipulación alguna sobre el bien materia de la venta, o por lo menos la definición de elementos mínimos que permitan más tarde determinar el bien a partir de las señas que las propias partes acordaron.

No obstante lo indicado, es admisible para ciertas legislaciones que falten ciertos elementos esenciales al contrato, cuya determinación es asumida por la propia ley, supletoriamente. Es común, por ejemplo, que las normas regulatorias de la compraventa contemplen mecanismos de determinación del precio cuando las partes nada han estipulado al respecto, o lo pactado no resulta suficiente para determinar el precio posteriormente. En estos casos, no existe inconveniente alguno para que las partes deliberadamente eviten la solución de la ley y se sometan a la solución de un tercero. Tal sería el caso de la venta de un bien cuyo valor de mercado es posible estimar con relativa exactitud, en el que las partes contratantes optan por no acordar el precio ni someterse a la solución que supletoriamente ofrece la ley aplicable, y confían la determinación del precio a un tercero. Nótese que en este ejemplo las partes no incorporan a su acuerdo de voluntades elemento alguno que sirva de guía o criterio al arbitrador, pero aun así el encargo será válido y la decisión del tercero obligará a las partes como si ellas mismas hubieran estipulado el precio en cuestión.

El *arbitrium boni viri* es de gran utilidad para ciertos negocios que sin esta figura se complicarían demasiado o terminarían en pleitos seguros. No es extraño encontrar este tipo de pactos en las operaciones de compra de acciones de grandes compañías, en las que el precio provisional se fija en función de los balances y estados financieros que presenta el vendedor, pero sujeto a reajustes en función de lo que resulte de la revisión y auditoría final de dichos estados financieros. En estos casos, puede resultar altamente conveniente confiar a un tercero tanto la revisión de los estados financieros como la consecuente determinación del precio definitivo, o confiarle la dirimencia de las observaciones que formule el comprador, que no sean aceptadas por el vendedor, en tanto tengan un efecto en la determinación del precio final. Si bien en algu-

nos casos la tarea del tercero se asemeja a la de un árbitro y su decisión se parece a un laudo arbitral, no deja de ser un *arbitrium boni viri* en el que su misión es determinar el precio final, o determinar la situación definitiva de factores que incidirán en el cálculo del precio final.

También suele usarse la figura del *arbitrium boni viri* en las obligaciones de dar bienes inciertos, determinados sólo por su especie y cantidad. Siendo preciso que se practique la elección, es admisible que las partes confíen esa tarea a un tercero y se sometan a lo que éste decida. Las reglas de la equidad aconsejan en estos casos elegir bienes de calidad media, de forma que no se favorezca a una parte contratante en detrimento de la otra.

Cuando los contratantes deciden recurrir al *arbitrium boni viri,* se exponen a que el tercero, llegado el caso, no quiera o no pueda cumplir con el encargo, colocando a las partes en la situación de un contrato inejecutable. Desde luego, las partes pueden prever esta situación y contemplar alternativas de solución. En definitiva, es aconsejable que lo hagan. La cuestión es determinar, en caso de no haberse estipulado soluciones alternativas, si les asistiría el derecho de recurrir a un juez para que sea éste quien decida aquello que el tercero no resolvió.

En nuestra opinión, el encargo al tercero para decidir *boni viri* es *intuitu personae*, por lo que no sería posible subrogar al tercero por un juez a menos que las partes lo hayan contemplado y autorizado en su contrato o sea ésa la solución supletoria contemplada en la ley aplicable.

Igual criterio debería aplicarse al caso en que se impugne la decisión del tercero, por haber sido adoptada vulnerando los límites impuestos por las partes en el contrato, o con violación de las reglas de la buena fe, o por ser manifiestamente inequitativa, irrazonable o errónea, supuestos todos en los que la decisión del tercero nacería viciada. Si bien un juez puede estar en perfecta capacidad de aplicar los criterios acordados por las partes para determinar la prestación objeto de la obligación, no es

su buen juicio, sabiduría y criterio al que las partes acordaron confiar la decisión *boni viri*, por lo que no podría aceptarse la sustitución del arbitrador elegido inicialmente por las partes a menos que la ley o los mismos contratantes así lo hubieren previsto.

Si no se ha contemplado en el contrato o en la ley aplicable la posibilidad de que el arbitrador original sea sustituido por otro o por el juez, la consecuencia de que la decisión del tercero no se produzca o sea impugnada con éxito será que el contrato devenga ineficaz o inejecutable. Sin embargo, aun en estos casos es posible que algunas legislaciones contemplen reglas supletorias destinadas a determinar aquello que ni las partes ni el tercero se ocuparon de decidir, supuesto en el que la solución será la prevista en la ley.

La decisión del tercero, adoptada dentro de los límites aplicables, es obligatoria para las partes contratantes y no está sujeta a aprobación ulterior. «En realidad, lo que ocurre es que la decisión se integra automáticamente a la relación jurídica creada por el contrato, sin intervención de las partes, de tal manera que esta relación queda con el contenido que le dieran las partes más la decisión del arbitrador» (De la Puente y Lavalle, Manuel. *Op. cit.*, p. 95).

En cierta forma, la decisión de las partes de confiar a un tercero la designación del tribunal arbitral que habrá de resolver las controversias que puedan surgir entre ellas con motivo de una relación patrimonial, constituye una aplicación concreta del *artitrium boni viri*, cuya materialización ocurrirá si alguna de las partes requiere recurrir al convenio arbitral.

El arbitrador está obligado a cumplir con el encargo si aceptó previamente hacerlo. Si bien su decisión —aquélla que le ha sido confiada— se integrará a una relación jurídica en la que él no forma parte, sin duda su compromiso de actuar como arbitrador *boni viri* constituye una obligación contractual en sí misma, de la cual son acreedores quienes le

confirieron el encargo. Por consiguiente, el arbitrador que incumple el encargo queda sujeto a las responsabilidades de quien no ejecuta sus obligaciones contractuales por dolo o culpa.

(Autor: Enrique Ferrando. Socio del Estudio Osterling. Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: De la Puente y Lavalle, Manuel. *«El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil»*, tomo II, pp. 87 y 95. Roppo, Vincenzo. *El Contrato*, p. 534.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Árbitro. Arbitraje de equidad.

Árbitro

Árbitro es la persona encargada de dirimir una controversia jurídica o litigio entre dos o más personas que deciden nombrarle como tercero independiente encargado de resolver el conflicto. El árbitro, a su vez, se verá limitado por lo pactado entre las partes para dictar el laudo arbitral. Deberá hacerlo conforme a la legislación que hayan elegido las partes, o incluso basándose en la simple equidad, si así se ha pactado.

El título III de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje en España (BOE n.º 309 de 26 de diciembre de 2003, pp. 46097-46109) se dedica a la regulación de la figura del árbitro o árbitros. La ley prefiere las expresiones árbitro o árbitros a la de tribunal arbitral, debido a que ésta pudiera provocar confusión con los tribunales judiciales. Además, en la mayor parte de los preceptos la referencia a los árbitros incluye tanto los supuestos en que hay un colegio arbitral como aquéllos en los que el árbitro es único.

La ley española opta por establecer que, a falta de acuerdo de las partes, se designará un solo árbitro. Es ésta una opción guiada por razones de economía. En cuanto a la capacidad para ser árbitro, se opta por el criterio de la mayor libertad para las partes, como es hoy la regla general

en los países más avanzados en materia de arbitraje: nada impone la ley, salvo que se trate de personas naturales con capacidad de obrar plena.

Serán las partes directamente o las instituciones arbitrales las que con total libertad y sin restricciones nombren a los árbitros. Sólo para los casos en que resulte necesario suplir la voluntad de las partes, la ley prevé y regula las situaciones que pueden presentarse en la designación de los árbitros, para evitar la paralización del arbitraje. En estos casos es necesaria la actuación judicial, si bien se pretende, de un lado, que el procedimiento judicial pueda ser rápido y, de otro, dar criterios al Juez de Primera Instancia para realizar la designación. Muestras de lo primero son la remisión al juicio verbal y la no recurribilidad separada de las resoluciones interlocutorias que el Juzgado dicte en este procedimiento, así como de la que proceda a la designación. Muestra de lo segundo es la regla acerca de la conveniencia de que en los arbitrajes internacionales el árbitro único o el tercer árbitro sea de nacionalidad diferente a la de las partes. Debe destacarse, además, que 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 propia competencia. Por ello, el juez sólo debe desestimar la petición de nombramiento de árbitros en el caso excepcional de inexistencia de convenio arbitral, esto es, cuando *prima facie* pueda estimar que realmente no existe un convenio arbitral; pero el juez no está llamado en este procedimiento a realizar un control de los requisitos de validez del convenio.

Se establece el deber de todos los árbitros, al margen de quien los haya designado, de guardar la debida imparcialidad e independencia frente a las partes en el arbitraje. Garantía de ello es su deber de revelar a las partes cualquier hecho o circunstancia susceptible de poner en duda su imparcialidad o independencia. Se elimina el reenvío a los motivos de abstención y recusación de jueces y magistrados, por considerar que

no siempre son adecuados en materia de arbitraje ni cubren todos los supuestos, y se prefiere una cláusula general. Respecto del procedimiento de recusación, la premisa es una vez más la libertad de las partes, ya sea por acuerdo directo o por remisión a un reglamento arbitral. En su defecto, se establece que sean el árbitro o los árbitros quienes decidan sobre la recusación, sin perjuicio de poder hacer valer los motivos de recusación como causa de anulación del laudo. La posibilidad de acudir directamente a los tribunales frente a la decisión desestimatoria de la recusación tendría, sin duda, la ventaja de una certidumbre preliminar sobre la imparcialidad, pero se prestaría a una utilización dilatoria de esta facultad. Se estima que serán mucho menos frecuentes los supuestos en que una recusación será indebidamente desestimada y dará lugar a la nulidad de todo el procedimiento arbitral que los casos en que se formularían pretensiones inmediatas ante la autoridad judicial con la finalidad de dilatar el procedimiento.

La Ley n.º 60/2003 se ocupa igualmente de otros supuestos que pueden conducir al cese de alguno de los árbitros en sus funciones y al nombramiento de sustituto. Se prevé la posibilidad de que en tales casos haya que repetir actuaciones ya practicadas, pero no se obliga a ello.

El título IV de la Ley española se dedica a la importante cuestión de la competencia de los árbitros. El artículo 22 establece la regla, capital para el arbitraje, de que los árbitros tienen potestad para decidir sobre su competencia. Es la regla que la doctrina ha bautizado con la expresión alemana *kompetenz-kompetenz* y que la Ley de 1988 ya consagraba en términos menos precisos. Esta regla abarca lo que se conoce como separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal, en el sentido de que la validez del convenio arbitral no depende de la del contrato principal y que los árbitros tienen competencia para juzgar incluso sobre la validez del convenio arbitral. Además, bajo el término genérico de competencia han de entenderse incluidas no sólo las cuestiones que estrictamente son tales, sino cualesquiera cuestiones que puedan obstar a un pronunciamiento de fondo sobre la controversia (salvo las relativas

a las personas de los árbitros, que tienen su tratamiento propio). La ley española establece la carga de que las cuestiones relativas a la competencia de los árbitros sean planteadas *a limine*. Ha de resaltarse que el hecho de que una de las partes colabore activamente en la designación de los árbitros no supone ningún tipo de renuncia tácita a hacer valer la incompetencia objetiva de éstos. Es una lógica consecuencia de la regla de *kompetenz-kompetenz*: si son los árbitros los que han de decidir sobre su propia competencia, la parte está simplemente contribuyendo a designar a quién o a quiénes podrán decidir sobre dicha competencia. Lo contrario abocaría a la parte a una situación absurda: debería permanecer pasiva durante la designación de los árbitros para poder luego alegar su falta de competencia sobre la controversia. La regla de la alegación previa de las cuestiones atinentes a la competencia de los árbitros tiene una razonable modulación en los casos en que la alegación tardía está, a juicio de los árbitros, justificada, en la medida en que la parte no pudo realizar esa alegación con anterioridad y que su actitud durante el procedimiento no puede ser interpretada como una aceptación de la competencia de los árbitros. Queda a la apreciación de los árbitros la conveniencia de que las cuestiones relativas a su competencia sean resueltas con carácter previo o junto con las cuestiones de fondo. La ley parte de la base de que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo; o dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.

El artículo 23 incorpora una de las principales novedades de la Ley n.º 60/2003: la potestad de los árbitros para adoptar medidas cautelares. Dicha potestad puede ser excluida por las partes, directamente o por remisión a un reglamento arbitral; pero en otro caso se considera que la aceptan. La ley ha considerado preferible no entrar a determinar el ámbito de esta potestad cautelar. Obviamente, los árbitros carecen de potestad ejecutiva, por lo que para la ejecución de las medidas cautelares será necesario recurrir a la autoridad judicial, en los mismos términos que si de un laudo sobre el fondo se tratara.

Sin embargo, si dentro de la actividad cautelar cabe distinguir entre una vertiente declarativa y otra ejecutiva, esta ley les reconoce a los árbitros la primera, salvo acuerdo en contrario de las partes. Esta norma no deroga ni restringe la posibilidad, prevista en los artículos 8 y 11 de esta ley y en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de que la parte interesada inste de la autoridad judicial la adopción de medidas cautelares. Las potestades arbitral y judicial en materia cautelar son alternativas y concurrentes, sin perjuicio del juego del principio de buena fe procesal.

(Autora: Cristina Hermida del Llano.
Prof. Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS LEGISLATIVAS: Exposición de motivos de la Ley Española de Arbitraje de 2003.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: González Soria (Coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004. Merino Merchán y Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2006. Oppetit, B. *Teoría del Arbitraje*, traducido por Eduardo Silva Romero, Fabricio Mantilla Espinoza y José Joaquín Caicedo Demoulin. Bogotá: Legis Editores, 2006.

VOCABLOS CONEXOS: Abstención (de los árbitros). Arbitraje de Derecho. Arbitraje de Equidad. Buena fe. Competencia sobre la competencia (*kompetenz-kompetenz).* Deber de declaración (de los árbitros). Defensa y contradicción. Imparcialidad. Independencia. Mala fe. Medidas cautelares/preliminares. Neutralidad. Recusación (de los árbitros). Tercero interviniente. Tribunal arbitral.

Armonización arbitral

El régimen jurídico del arbitraje, en particular del comercial internacional, precisa de una armonización de sus legislaciones arbitrales para favorecer la difusión de su práctica y promover la unidad de criterios en su aplicación, en la convicción de que una mayor uniformidad en las leyes reguladoras del arbitraje ha de propiciar su mayor eficacia como medio de solución de controversias. De ahí que una verdadera cultu-

ra arbitral pretenda favorecer la armonización de las legislaciones de arbitraje para favorecer con ello su difusión en la práctica a través de la unidad y seguridad a la hora de tomar en consideración los criterios de aplicación. La armonización de leyes de arbitraje se ha acometido mediante la elaboración de leyes-modelo a seguir e incorporar por los ordenamientos jurídicos nacionales. En el arbitraje, el instrumento armonizador que ha resultado más eficaz ha sido la Ley Modelo, o Ley Tipo, de la UNCITRAL sobre Arbitraje Internacional, elaborada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de junio de 1985.

La armonización arbitral, hoy en día, es una realidad a través de la Ley Tipo. La armonización no sólo ha venido de la adaptación, más o menos literal, de la Ley Modelo en las leyes nacionales de arbitraje. Además, las reglas contenidas en las propias leyes nacionales de arbitraje han experimentado un desarrollo notable en el camino hacia dicha armonización. Para llegar a este punto de arbitraje unificado, armonizado y moderno, el arbitraje y la cultura arbitral asociada al mismo ha sufrido una larga evolución en la que ha tenido que vencer resistencias de todo tipo vinculadas a concepciones demasiado nacionalistas del arbitraje o, simplemente, por la carencia de una auténtica cultura arbitral más allá de la incorporación a los instrumentos arbitrales convencionales. No obstante, de un tiempo a esta parte, por diversas causas pero, sea en definitiva por favorecer el clima tendente a establecer una cultura arbitral propiamente dicha, el hecho es que las reformas legislativas operadas en todo el mundo se han dejado llevar por un espíritu de armonización arbitral, adaptando prácticamente por unanimidad, la Ley Modelo de la UNCITRAL, haciendo así realidad la armonización legislativa arbitral que hoy domina. Y ello ha ocurrido tanto en Europa como en Iberoamérica.

En este sentido, los países iberoamericanos dieron un verdadero ejemplo al romper con las viejas hostilidades hacia el arbitraje internacional (propiciados por la soberanía nacional y el Estado como *ius* persona en

la cláusula compromisoria, abandonando así la doctrina Calvo y Drago), gracias a un proceso de reforma de las leyes de arbitraje bajo la influencia y guía de la Ley Modelo de la UNCITRAL. Precisamente, la actual Ley española de Arbitraje, Ley n.º 60/2003 (en proceso de reforma), tomó en consideración como modelo de referencia a las leyes de arbitraje iberoamericanas en su propia adaptación o adopción de la Ley Modelo. Aquí, el área iberoamericana sirvió al legislador español como laboratorio de experimentos, que permitiese a la nueva legislación arbitral que se estaba preparando en España, adoptar la fórmula de más éxito según las técnicas de incorporación de la Ley Modelo y el análisis real del acoplamiento de las nuevas leyes que surgieron en estos sistemas jurídicos tan próximos al español.

De entre las numerosas reformas acaecidas en los últimos años en los países iberoamericanos, que han procedido a adoptar con mayor o menor intensidad la Ley Modelo de la UNCITRAL, destacan las siguientes: México reformó su legislación arbitral en 1993, donde la reforma del Título IV, libro IV del Ccom de 22 de julio de 1993, dedicada al arbitraje comercial, se erigió como punto de partida en América Latina para desarrollar el arbitraje internacional, al adoptar casi de manera literal la Ley Modelo de la UNCITRAL. Guatemala, en noviembre de 1995, mediante el Decreto n.º 67-95 del Congreso de la República. En Perú, la Ley General de Arbitraje de 3 de enero de 1996, Ley n.º 26572, derogó la anterior Ley n.º 26572. Lo mismo ocurrió en Brasil, con la Ley de Arbitraje n.º 9.307 de 23 de septiembre de 1996, que entró en vigor el 23 de noviembre de 1996. Una nueva y moderna Ley de Arbitraje y Mediación rige en Ecuador desde el 4 de septiembre de 1997, reemplazando a una ley especial que estuvo vigente desde el 28 de octubre de 1963. En Bolivia, la Ley de Arbitraje y Conciliación, Ley n.º 1770 de 10 de marzo de 1997. En Costa Rica, la Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social. Ley n.º 7727 de 1997. Y, en Paraguay, la Ley de Mediación y Conciliación, presentada el 6 de mayo de 1997. En Colombia, por el Decreto n.º 1818 de 1998 de 7 de septiembre de 1998, por medio del cual se expide el Estatuto

de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. La Ley de Arbitraje Venezolana, publicada en la Gaceta Oficial n.º 36.430, de 7 de abril de 1998, contiene las normas jurídicas que rigen en la actualidad el arbitraje en Venezuela. La reforma en Panamá, tuvo lugar, gracias al Decreto Ley n.º 5, el 8 de julio de 1999. Incluso aquí se planteó un problema bastante serio porque la ley de arbitraje panameña fue declarada inconstitucional en un artículo relativo nada más y nada menos al reconocimiento del principio de competencia-competencia de los árbitros. Cuestión que ha sido resuelta en la actualidad de manera excepcional ya que el interés por el reconocimiento del arbitraje fue tal que se ha llegado a reconocer expresamente en Panamá el principio de competencia-competencia en el arbitraje. En la actualidad, rige la Ley n.º 15 del 22 de mayo de 2006, por la cual se modifica, adiciona y restituyen artículos del Decreto Ley n.º 5, el 8 de julio de 1999. Siguiendo con las reformas cronológicamente enumeradas, Honduras y Paraguay reformaron su legislación arbitral en el año 2000; El Salvador en el 2002; Chile, con la Ley n.º 19.971 de 10 de septiembre de 2004. Incluso, en la actualidad, en Argentina se encuentra muy avanzado el proyecto de ley argentina de arbitraje basada, también en la ley modelo de la UNCITRAL. Mención particular merece la República de Cuba, donde existe un nuevo texto legislativo cuyo objetivo es el de actualizar las disposiciones vigentes en el país en materia de arbitraje comercial internacional. Se trata así de modificar la Ley n.º 1303 de 1976 con el objetivo de perfeccionar la legislación sobre materia arbitral y atemperarla a la realidad económica del país y a las nuevas corrientes internacionales de arbitraje. Texto que originará una importante renovación en la fuente interna del arbitraje comercial internacional en Cuba y que se ha materializado en el actual Decreto-Ley sobre la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional.

De este modo, ante la disyuntiva ofrecida por la Ley Modelo, los países latinoamericanos han seguido dos caminos diferentes al perfeccionar sus leyes de arbitraje mediante la Ley Modelo: 1) Adoptar de modo literal y casi en su totalidad el articulado de la Ley Modelo. Técnica

seguida, por los menos, por un buen grupo de países, entre los que destacan: México, Guatemala, Perú y Paraguay. 2) Los más, han optado por «inspirarse» en el texto de la ley, tomándolo como modelo pero adaptándolo a su sistema. Así, para la mayoría ha sido suficiente adoptar las grandes orientaciones de la Ley tipo y adaptar el resto o, incluso, ser innovadores con algunas de ellas. Claro ejemplo de esto último ha ocurrido en España, a través de las innovaciones producidas en relación con el convenio arbitral que superan incluso a la flexibilidad que ya caracterizaba en este aspecto a la Ley Modelo de la UNCITRAL. Especificidades aparte, se puede decir que, en general, ésta opción de adaptación de la Ley Modelo a la idiosincrasia de cada sistema arbitral, ha sido seguida por las leyes de arbitraje de Costa Rica, Bolivia, Brasil, Panamá y Venezuela. Países que, en consecuencia, han optado por adoptar las grandes orientaciones de la Ley tipo y continuar aplicando, sin embargo, las normas o tradiciones de su ordenamiento que se mantiene en sus líneas esenciales.

Así, Iberoamérica se ha convertido en los últimos años en un escenario de experimentación de los sistemas de incorporación de la Ley Modelo a los ordenamientos nacionales que, gracias a la flexibilidad propia de dicha LM, frente a la rigidez de los Tratados y Convenios Internacionales, va desde las formas integrales de incorporación a la Ley Tipo, hasta fórmulas que introducen modificaciones sustanciales, aunque manteniendo el espíritu y la finalidad esenciales del procedimiento adoptado. En lo que se refiere al acoplamiento de las nuevas leyes de arbitraje que han seguido en su armonización a la Ley Tipo en cualquiera de las formas expuestas en el anterior apartado, se puede decir que, en líneas generales, el acoplamiento de estas leyes de arbitraje en sus sistemas jurídicos ha sido, en la mayoría de los casos, técnicamente perfecto.

La adopción progresivamente generalizada de la Ley Modelo ha permitido armonizar, y en cierta medida uniformar, los procedimientos arbitrales internacionales, liberando al arbitraje de las leyes locales y nacionales, sustituyéndolas por leyes técnicamente más avanzadas, aun-

que, eso sí, éstas no acogen muchas veces las soluciones más recientes. Ahora bien, estas leyes han sabido dejar atrás los corsés soberanistas y sus leyes procesales exclusivamente adaptadas a las disputas internas y, al aceptar progresivamente la ley modelo, han introducido en sus sistemas jurídicos normas universalmente aceptadas de arbitraje internacional, otorgando a las partes un alto grado de libertad y autonomía para diseñar el procedimiento arbitral y reducir el papel de los tribunales locales, siguiendo así los principios básicos de todo sistema moderno de arbitraje. Aunque, claro está que desde el punto de vista de la UNCITRAL, lo ideal sería que todas las naciones que participan en el tráfico mercantil internacional adoptaran en su integridad la Ley Modelo. De tal manera que la Ley Tipo pudiera ser considerada como el mínimo común denominador del consenso internacional del arbitraje.

Del mismo modo, en las últimas reformas operadas en las leyes de arbitraje europeas (Alemania, Suecia, Italia, Holanda, España) se ha dejado sentir la gran influencia de la Ley Modelo como base o guía necesaria. La adaptación ha propiciado un alineamiento de las leyes europeas nacionales de arbitraje del mismo modo que el experimentado en los países iberoamericanos y en otros confines del globo. De tal forma que la mayoría de éstas siguen los mismos postulados y modernas tendencias en cuanto a la regulación del arbitraje, en general, y del arbitraje internacional, en particular. A través de la armonización arbitral guiada por la Ley Tipo, la mayoría de las leyes arbitrales nacionales han conseguido adaptarse con éxito a las nuevas corrientes internacionales de arbitraje comercial internacional.

Hoy en día, la mayoría de los países, en especial los aquí referidos iberoamericanos y europeos, han procedido a reformar sus legislaciones arbitrales con mayor o menor acierto y aunque no todos los países cuentan con una normativa adecuada, la mayoría sí la tienen, al menos desde el punto de vista de que ésta se encuentra armonizada, modernizada y actualizada frente a las exigencias del comercio internacional. Ahora bien, un hecho que hay que destacar muy positivamente es que el de-

sarrollo del arbitraje comercial internacional en países como España e Iberoamérica no ha dependido, como muchos temían, de establecer en cada país un régimen legal que le permitiese ser considerado un paraíso arbitral, sino de fomentar una base legislativa interna que, en aras de la armonización entre sistemas, ha propiciado la recepción del arbitraje internacional. Se ha consolidado así una cultura arbitral auténtica a través de un sistema jurídico arbitral armonizado y moderno.

(Autora: Marta Gonzalo Quiroga. Profesora de Der. Int. Priv. U. Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Los países, pertenecientes a distintos ámbitos jurídicos, que en la actualidad han adoptado la Ley Modelo de la UNCITRAL son más de cuarenta. Todos ellos en la página web de la UNCITRAL: http://www.uncitral.org. Chillón Medina, J.M.ª y F. Merino Merchán. *Tratado de arbitraje interno e internacional.* Madrid: Cívitas, 2007, pp. 1002-1011. Mantilla-Serrano, F. «Major Trends in International Arbitration». *Journal of International Arbitration,* 2005, vol. 17. Gonzalo Quiroga, M. «Hacia la consolidación de una cultura arbitral en América Latina: la colaboración entre jueces y árbitros». *Revista de la Corte Española de Arbitraje, (RCEA)*, 1999, vol. XV, pp. 339-352. Gonzalo Quiroga, M. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial.* Madrid: Dykinson, 2003, pp. 125-128. Gonzalo Quiroga, M. «Proyección latinoamericana de la nueva Ley española de arbitraje», *en el Libro Homenaje a E. Elías-Laroza: Estudios de Derecho Societario*. Lima, 2005, pp. 297-326. Cremades, B.M.ª. «Momento actual del arbitraje comercial internacional en América Latina». http://www.colegioabogados.cl/revista/14/articulo4.htm. Silva-Romero, E. «América Latina como sede de arbitrajes comerciales internacionales. La experiencia de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI». *DeCITA*, 2004, n.º 2. Gonzalo Quiroga, M. «Globalización, deslocalización y arbitraje privado internacional: ¿utopía o realidad de un orden público transnacional? *RCEA,* 2000-2001, vol. XVIII, pp. 83-123. Noodt Taquela, M.B. «Avances del Proyecto de Ley argentina de arbitraje respecto de la Ley Modelo de UNCITRAL». En *AA.VV. Avances del Derecho Internacional Privado en América Latina. «Liber Amicorum».* Jürgen Samtlebem (Coord.). Kleinheisterkamp, J. y G.A. Lorente Idiarte. Montevideo, 2002. Verdera y Tuells, E. *La Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje entre la tradición y la innovación, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.* Madrid, 2005, p. 60.

VOCABLOS CONEXOS: Regulación arbitral. Autorregulación. *Kompetenz-kompetenz.* Cultura arbitral. Globalización. UNIDROIT.

Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de)

Para la *solución de las controversias internacionales* —desacuerdos que se producen entre sujetos internacionales sobre puntos de hecho o de Derecho, como resultado natural de los intereses encontrados— los sujetos de la misma han antepuesto en muchas ocasiones el recurso a la fuerza armada a las vías de solución pacífica. Desde principios del siglo XX asistimos a un creciente interés de las naciones por el manejo pacífico de las controversias internacionales, con el objetivo de prevenir el uso de la fuerza o la violencia. Prueba de ello fue la firma de los Convenios de La Haya para el Arreglo Pacífico de los Conflictos Internacionales, de octubre de 1907, o el Acta General Revisada para el Arreglo Pacífico de las Controversias Internacionales, adoptada por la Asamblea de la Sociedad de Naciones en septiembre de 1928. Sin embargo, los mayores avances están en la Carta de las Naciones Unidas (CNU), firmada en junio de 1945, donde se habla de «naciones que aman la paz» y se confirman dos principios fundamentales que representan la consagración del principio de arreglo pacífico de controversias internacionales. El primero, el artículo 2.3, obliga a los Estados a arreglar sus controversias internacionales «por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia». Y el segundo, complemento lógico del anterior, el artículo 2.4, obliga a todos los Estados a «abstenerse de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado…».

Más reciente en el tiempo es la *Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias Internacionales* (Res. n.º 37/10 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de noviembre de 1982), donde se reafirman los dos principios fundamentales de la Carta y se plantea que las partes están obligadas a resolver sus controversias por medios pacíficos. Además es significativo que el principio de la buena fe figure de manera expresa en repetidas ocasiones en el texto, así como el hecho de que los Estados pueden elegir libremente los medios (Parte I, párr. 3).

El artículo 33.1 de la CNU establece que para la solución de las controversias se han creado diversos medios de arreglo, que se sistematizan como: *a)* Medios políticos o diplomáticos o no jurisdiccionales: Negociación, Buenos Oficios, Mediación, Investigación y Conciliación; y *b)* Medios Jurídicos: Arbitraje y Arreglo Judicial.

Otro de los procedimientos de arreglo pacífico de controversias, recogido en el artículo 33 de la Carta de las Naciones Unidas, consiste en el «recurso a organismos o acuerdos regionales», método que conforme a la propia Carta adquiere carácter prioritario en el caso de la solución de controversias de carácter global. Desde esta perspectiva, las diferentes organizaciones regionales, que han desarrollado sus propios sistemas de arreglo pacífico a través de la adopción de diferentes textos, tratan de resolver la disputa dentro de su seno. En concreto, el Consejo de Europa fue la primera organización europea que se preocupó por establecer un sistema regional eficaz de arreglo pacífico.

Por lo tanto, hay una tercera vía para la solución de las controversias internacionales, las organizaciones internacionales, cuyos procedimientos combinan elementos diplomáticos y jurídicos.

a) *Los medios diplomáticos* se utilizan para la solución de controversias políticas, mientras las disputas jurídicas se resuelven por medios jurídicos. No existe una frontera absoluta entre ambos métodos; de hecho, para la solución de algunas controversias se recurre al uso conjunto. Por otra parte, los medios diplomáticos no son permanentes ni tan elaborados como los métodos jurídicos. Teóricamente, estos últimos tienen un carácter legal y sus sentencias son *per se* obligatorias y vinculantes.

Los rasgos comunes de los medios políticos, una vez elegido el mecanismo concreto de arreglo por las partes, son que los sujetos de la controversia conservan su autonomía respecto a la eventual solución final; que de conseguirse el acuerdo, éste tiene carácter obligatorio para aquéllas,

y que el mismo no tiene que basarse necesariamente en el Derecho Internacional.

La distinción entre los distintos medios políticos radica en: 1) La intervención o no de un tercero. El tercero puede ser: un Estado, una organización internacional, un órgano de una organización internacional, una ONG o una personalidad independiente. En todos los medios políticos de solución de controversias interviene un tercero, salvo en la negociación. 2) La intensidad de la intervención del tercero. De menor a mayor intensidad: buenos oficios, mediación, investigación y conciliación.

La *negociación*: Es el método político más simple y el más utilizado para resolver las diferencias entre las partes. Se basa en el contacto directo entre los sujetos que motivan la controversia y constituye el primer paso en todo proceso de arreglo diplomático. Incluso la Carta de las Naciones Unidas determina que no puede someterse un asunto a consideración del Consejo de Seguridad, si de manera previa no se ha hecho uso de la negociación. Por su parte, los *buenos oficios* y la mediación implican el uso de un tercero que intenta persuadir a las partes contendientes para llegar a un acuerdo. Ej. Buenos oficios del Secretario General de las Naciones Unidas relativos a Afganistán en 1988.

Mientras que los buenos oficios culminan con el exhorto a un arreglo de las diferencias, el sujeto internacional *mediador* sí entra a conocer el propio asunto controvertido y propone soluciones al problema, pero sin que éstas tengan otra virtualidad que el mero consejo, sin fuerza vinculante alguna. La mediación sólo se da por consentimiento de las partes involucradas y no puede forzarse. Ejemplos: Mediación de la UE en diversas fases del conflicto yugoslavo de la década de 1990.

La *Comisión de investigación* es un método propicio para resolver discrepancias relativas a hechos y no a la interpretación de normas. Mediante este método, un tercero imparcial —en ocasiones otro sujeto interna-

cional o bien una comisión *ad-hoc*— investiga minuciosamente sobre los hechos que motivan la controversia con el propósito de preparar el camino hacia una solución negociada del problema. Si bien las partes no están obligadas a aceptar las conclusiones de las comisiones de investigación, casi siempre lo hacen.

Por su parte la *conciliación* tiene un aspecto semijudicial porque se caracteriza por la intervención de un tercero imparcial (comisión de conciliación), que examina todos los elementos de la controversia —investigación de los hechos, reglas de Derecho Internacional aplicables, factores de oportunidad política—, con el objetivo de proponer una solución que se materializa en un informe. La comisión encargada de conciliar tiene que dilucidar los hechos, oír a las partes y proponer términos de acuerdo que no necesariamente obligan a las partes.

b) Medios Jurisdiccionales de resolución de controversias: El arbitraje y el arreglo judicial. Este tipo de mecanismos jurisdiccionales, sujetos al Derecho Internacional, se utilizan menos porque se ocupan de asuntos de mayor dificultad y obligan a la partes a someterse al Derecho Internacional. Una de sus principales diferencias radica en el carácter preexistente y permanente del órgano judicial y la constitución *ad-hoc* de la institución arbitral dirigida a solucionar la controversia.

Por lo tanto, mientras en el *arbitraje internacional* las partes en disputa acuerdan someter su controversia a la resolución de un tercero o de un tribunal formado específicamente —órgano arbitral—, que concluye con una resolución vinculante —laudo arbitral—, basada generalmente en la aplicación del Derecho Internacional, el *arreglo judicial* es el medio de solución de controversias internacionales en virtud del cual un órgano generalmente permanente, independiente e imparcial resuelve con carácter obligatorio los litigios que le son sometidos a través de un procedimiento preestablecido y mediante la aplicación del Derecho Internacional. Por ejemplo, la Corte Internacional de Justicia es el principal órgano judicial de las Naciones Unidas y su función es resolver, de

conformidad con el Derecho Internacional, las controversias jurídicas que le remitan los Estados, y emitir opiniones consultivas sobre cuestiones jurídicas planteadas por los órganos debidamente autorizados y agencias internacionales.

(Autora: Sagrario Morán Blanco. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Andrés Sáenz de Santamaría, M. Paz. «El arreglo pacífico de controversias en el ámbito de las Organizaciones Internacionales». En *Cursos de Derecho Internacional de Vitoria-Gasteiz*, 1985. Badía Martí, Ana María. *El arreglo pacífico de controversias en la Organización de las Naciones Unidas*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 1994. Díaz Barrado, Cástor Miguel. *El uso de la fuerza en las Relaciones Internacionales*. Madrid: Ministerio de Defensa, 1989. Morán Blanco, Sagrario y Andrés González Martín. *Asimetría, Guerras e Información*. Madrid: Dilex, 2009. Pigrau Solé, Antoni. «Arreglo pacífico de controversias: medios jurisdiccionales». En *Prácticas de Derecho Internacional Público*. Barcelona: J.M. Bosch Editor, 2005. Requena Casanova, Millán. *Arreglo pacífico de controversias en los convenios multilaterales de codificación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje Internacional. Arbitraje en la Organización Mundial de Comercio. Corte Permanente de Justicia Internacional. *Local Remedies*. Protección diplomática. Principios del Derecho Internacional. Universalidad del Arbitraje.

Asistencia judicial (en el ámbito arbitral)

Podemos definirla como la tutela que deben dispensar los órganos jurisdiccionales a fin de dotar de apoyo al procedimiento arbitral, de forma que se puede hablar de distintos grados de asistencia y colaboración en función de la actividad a desarrollar por el referido órgano jurisdiccional.

La asistencia judicial en el ámbito arbitral tiene dos expresiones clásicas (i) la negativa y (ii) la positiva.

(i) El carácter negativo (artículo 11.1 Ley de Arbitraje Española —LA—), puede definirse como el deber que tienen los órganos jurisdiccionales

de abstenerse a la hora de conocer de un procedimiento declarativo, a fin de permitir que el árbitro o el tribunal arbitral lo resuelvan.

Así, resulta relevante conocer qué grado de control tiene el órgano jurisdiccional a la hora de evaluar, *prima facie*, la existencia de un convenio arbitral.

Al menos en España, la Ley de Arbitraje no aclara la cuestión, de forma que como complemento conviene traer a colación el sentido de las resoluciones judiciales dictadas al albur de la función de revisión del convenio arbitral, y que vienen predicando una cognición plena sobre la validez y eficacia de la cláusula compromisoria en el momento en el que se plantea la correspondiente declinatoria de jurisdicción, de forma que se puede afirmar que la actuación de los Juzgados en torno a la revisión de la cláusula arbitral escapa de un mero control *prima facie*, para centrarse en un estudio detallado del contenido del pacto.

Precisamente este control pleno de validez del convenio arbitral es el expresamente recogido tanto en el artículo II.3 del Convenio de Nueva York como el artículo 8.1 de la Ley Modelo UNCITRAL. A la vista de dicho contenido, y teniendo en cuenta que en España la Ley de Arbitraje sigue el modelo inspirado por la Ley Modelo UNCITRAL, todo parece indicar que el criterio a seguir es el de la cognición plena, si bien el anteproyecto de ley de arbitraje apunta la idea de una cognición limitada, al utilizar el término «manifiestamente nulo».

(ii) El carácter positivo puede definirse como la intervención necesaria o complementaria del órgano jurisdiccional dentro del procedimiento arbitral, de forma que podemos hablar de distintos grados de tutela (cautelar y ejecutiva), las cuales pueden ser desarrolladas en régimen de colaboración (la primera) y en exclusiva la segunda.

Igualmente se puede hablar de funciones de control o supervisión y de asistencia o apoyo.

Ejemplos típicos de las funciones de supervisión las encontramos en la designación del árbitro (artículo 15.3 LA), la terminación de su mandato, la determinación de la competencia arbitral y la más relevante, consistente en la resolución de la acción de anulación (artículo 40 LA).

En cuanto a las funciones de asistencia y apoyo, podemos destacar la colaboración en la práctica de pruebas (artículo 8.2 LA), la adopción de medidas cautelares (artículo 8.3 y 23 LA), el eventual reconocimiento de la declinatoria de parte, además del reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales (artículos 44 y 46 LA).

Por tanto, la asistencia judicial en el ámbito arbitral debe entenderse, no como una desnaturalización del arbitraje, sino como un mecanismo complementario y necesario que permite dotar de mayor seguridad jurídica a la institución, con el único fin de potenciar su utilización.

(Autora: Antonia Magdaleno. Prof. Der. Procesal de la U. de Valencia y Socia Directora de Antonia Magdaleno Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Arangüena Fanego, A. *«Comentario al artículo 7»*. En Guilarte Gutiérrez, V. (Director). *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2005. López de Argumedo, A. y K. Menéndez. *«La intervención judicial del arbitraje»*. En *Spain Arbitration Review*, n.º 8/2010, pp. 51-73 (2010).

Asociación Europea de Arbitraje (AEADE)

La Asociación Europea de Arbitraje, AEADE, que nació en el año 2000 y está inscrita en el Registro Nacional de Asociaciones de España con el número 166.770, administra arbitrajes como mecanismo de solución de conflictos al amparo de la Ley de Arbitraje.

Asimismo, entre sus funciones, la Asociación dispone de un medio de resolución de controversias, de manera amigable, con la ayuda de un

tercero neutral: la mediación, en la que el consentimiento de todas las partes es un requisito esencial para poder dar inicio a cualquier proceso.

AEADE se ha adaptado a la gran diversidad del mundo de la empresa y a las distintas relaciones contractuales; cada una de ellas requiere unos tiempos, unos expertos y un procedimiento distinto, por lo que la especialización ocupa un lugar privilegiado en el *know-how* de la Asociación. El objetivo es administrar con éxito, y en la forma y plazos esperados por las partes, en sectores tan diversos como el bancario y financiero, la construcción, la ingeniería, los arrendamientos urbanos, la propiedad horizontal, el transporte, las compraventas, las franquicias, las telecomunicaciones, los servicios… consolidando el arbitraje como un instrumento jurídico eficaz para la resolución de todo tipo de conflictos en aquellos supuestos permitidos por la Ley.

1. Visión, misión y valores

Visión: Ser referente nacional e internacional en la administración de arbitrajes sin descuidar otros métodos alternativos de solución de conflictos, como la mediación.

Misión: Fortalecer la actividad en la administración de arbitrajes, así como el capital humano de manera que la sociedad española (judicatura, ciudadanía, empresariado y abogacía) adquiera una auténtica cultura del arbitraje y de la mediación, equiparable a la que se posee en otros países europeos.

Valores: Ésos son:

- Transparencia: Entidad dedicada, en exclusiva, al arbitraje y a la mediación; así como a su fomento para la resolución de conflictos.

- Compromiso social: Institución sin ánimo de lucro que asume su compromiso social para la consecución de una auténtica cultura del arbitraje.

- Firme creencia en que el arbitraje y la mediación son opciones válidas y legítimas que representan una solución eficaz a los conflictos, en los supuestos permitidos por la Ley.

- Eficaz escuela para árbitros jóvenes que quieran iniciarse en el ejercicio del arbitraje.

- Solvencia ética: única entidad arbitral que dispone de un Comité de Garantías y Designaciones, que vela por la solvencia ética y profesional de los árbitros asignados a cada procedimiento.

- Especialización y profesionalidad: el arbitraje se adapta a la gran diversidad del mundo de la empresa y a las distintas relaciones contractuales. Cada una de ellas requiere unos tiempos, unos expertos y un procedimiento distinto.

- Independencia: entidad no vinculada a despachos colectivos, gremios u otros grupos de interés.

2. Estructura

La Asociación Europea de Arbitraje, como asociación privada sin ánimo de lucro con sedes en Madrid y Barcelona, es una entidad que dedica enteramente su día a día al desarrollo y fomento del arbitraje como mecanismo de solución de conflictos. Para ello, dispone de una plantilla estructurada para dar respuesta a los requerimientos de la actividad arbitral de la manera más efectiva, atendiendo a una serie de criterios de calidad.

La Junta Directiva, fruto de la Asamblea General, acuerda el nombramiento de un secretario general, Javier Íscar de Hoyos, de quien depende la organización de la Asociación, que estaría estructurada en tres grandes áreas: la Dirección Jurídica, que engloba a la Secretaría de Arbitraje y Mediación, al Comité de Garantías y Designaciones y al servicio

de Asesoría Jurídica; la Dirección Financiera, con los departamentos de Administración y Contabilidad; y la Dirección Comercial, que engloba los departamentos de Expansión y Logística. Marketing y Comunicación, considerado un departamento transversal, dado que afecta a todas las áreas de la organización, se encuentra en dependencia directa de la Secretaría General.

3. Comité de Garantías y Designaciones

El Comité de Garantías y Designaciones vela por la solvencia ética y profesional de los árbitros asignados a cada procedimiento. Los miembros, no más de tres y designados por la Junta Directiva, velan por la pureza del procedimiento arbitral, garantizando los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.

El Comité nunca interviene de oficio en procedimiento arbitral alguno, sino sólo cuando es requerido para resolver alguna consulta que pueda formular el Tribunal Arbitral o a solicitud de la Junta Directiva de la entidad.

4. La Secretaría de AEADE

El papel de la Secretaría de Arbitraje y Mediación es esencial para el buen desarrollo del procedimiento arbitral. Uno de sus valores es la plena disponibilidad, lo que facilita la labor de los árbitros y la relación de las partes y sus letrados con la institución.

El departamento está formado por una dirección y un grupo de profesionales que administran los diferentes procedimientos y atienden a las partes.

A cada asunto se le asigna un profesional de la Secretaría que vela por el cumplimiento de los plazos y dota al procedimiento de todos los medios necesarios, ya sean de apoyo externo (salas de vistas, audio, video, trascripción…), como interno.

5. Los árbitros

Los árbitros de AEADE son personas de reconocido prestigio profesional, tanto nacional como internacional, seleccionadas por el Comité de Garantías y Designaciones de la Asociación, partiendo siempre del acuerdo de las partes y siguiendo criterios escrupulosos de transparencia.

Para la designación del árbitro idóneo se tienen en cuenta diversos factores: la capacitación, la experiencia, la complejidad de la controversia, la cuantía del arbitraje y la disponibilidad del propio árbitro.

6. La cláusula arbitral

La cláusula arbitral recomendada por AEADE es la que sigue: «Toda controversia derivada de este contrato o que guarde relación con él —incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez o terminación— será resuelta 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 [tres/un único] árbitro[s] y el idioma del arbitraje será el [español/otro]. La sede del arbitraje será [ciudad y país]».

(Autor: Javier Íscar, Secretario General de la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE)).

Asociación Suiza de Arbitraje

La *Swiss Arbitration Association* (*ASA* por sus siglas en francés e italiano), fundada en 1974 (sustituyendo al *Comité Suisse de l'Arbitrage*),

es una de las asociaciones de arbitraje líderes en el mundo, a pesar de no ser una institución administradora de arbitrajes. Ello se debe a que Suiza es una de las principales sedes de arbitraje y tiene a su disposición un amplio elenco de árbitros, habiéndose nombrado más árbitros suizos que de ningún otro país en arbitrajes administrados por la CCI, según el informe estadístico de la CCI de 2009. A ello se añade que el derecho suizo es también frecuentemente elegido como un derecho «neutral» por las partes que concluyen un contrato internacional.

La *ASA* es una asociación no lucrativa con más de 1000 miembros que ejercen o tienen interés en el mundo del arbitraje internacional y nacional (más de 350 de sus miembros residen fuera de Suiza).

Durante los últimos 27 años, la *ASA* ha contribuido al desarrollo del derecho y a la práctica del arbitraje en Suiza y en el extranjero a través de conferencias y grupos de trabajo, cursos (incluyendo los *ASA Practice Building Seminars*), reuniones de grupos locales y la publicación del *ASA Bulletin* y de los *ASA Special Series*. Sus presidentes han incluido académicos y ejercientes de primer rango en el campo del arbitraje, como son el profesor Pierre Lalive y la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler, siendo su presidente actual el señor Michael E. Schneider.

La *ASA* suele celebrar una conferencia de un día completo en enero o febrero y otra conferencia de medio día en septiembre, tratándose temas de actualidad en el mundo del arbitraje. Los cursos organizados por la *ASA,* incluyendo los *ASA Practice Building Seminars* (un curso intensivo de orientación práctica de dos días cuyos tutores y participantes provienen del todo el mundo, cuidándose el equilibrio entre la tradición romano-germánica y el *Common Law*) se dirigen a todos aquéllos que quieran mejorar sus conocimientos en el área del arbitraje. El *ASA Group Below 40* (de asistencia gratuita) organiza conferencias para jóvenes abogados en ejercicio de la profesión en el mundo del arbitraje en Suiza y en el extranjero una o dos veces al año. El *ASA Special Series* presenta temas específicos que se han tratado en una conferencia de la

ASA como puede ser «La protección de inversiones extranjeras por medio del arbitraje basado en un tratado» (publicado en mayo del 2010).

El *ASA Bulletin* es una publicación líder en el mundo del arbitraje internacional (su publicación está a cargo de *Kluwer International*). Se empezó a publicar en 1983 por iniciativa de su presidente en aquella época, el profesor Pierre Lalive. Es una publicación trimestral (los miembros lo reciben gratuitamente) e incluye artículos sobre la actualidad arbitral internacional y Suiza (sobre todo en inglés, aunque también en francés, alemán o italiano), la última jurisprudencia suiza e internacional relativa al arbitraje, laudos arbitrales y resoluciones procesales de interés y anuncios de publicaciones. Se puede acceder a la totalidad de los números del *ASA Bulletin* a través de sitio web para abonados *Kluwer Arbitration* (www.kluwerarbitration.com).

La *ASA* también participa como ONG en las conferencias del Grupo de Trabajo sobre Arbitraje de la CNUDMI.

En definitiva, la *ASA* forma uno de los pilares del arbitraje internacional en Suiza cuya labor es a su vez completada con las actividades de las Cámaras de Comercio suizas, las cuales actúan como instituciones de administración de arbitrajes desde 1911. Siete Cámaras de Comercio suizas (Ginebra, Zurich, Lausana, Basel, Berna, Lugano y Neuchâtel) actúan bajo un reglamento unificado de arbitraje, el Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional (*Swiss Rules of International Arbitration*), el cual puede emplearse en arbitrajes con sede dentro o fuera de Suiza. Éste se basa en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976, aunque con adaptaciones para su uso en el contexto institucional y otras modificaciones. Son dignas de mención tres características innovadoras del Reglamento Suizo: la primera es la obligatoriedad de un procedimiento abreviado cuando el monto reclamado sea inferior a 1 millón de francos suizos; también se puede acceder a este procedimiento abreviado de forma voluntaria cuando el monto reclamado exceda 1 millón de francos suizos. La segunda característica innovadora es el mecanismo

por el cual se facilita la consolidación de arbitrajes y la acumulación de partes. La tercera es la posibilidad de incluir en el arbitraje una defensa basada en la compensación, incluso cuando dicha defensa surja de una relación que no esté sometida a una cláusula compromisoria. La dirección del sitio web de la *Swiss Chambers' Court of International Arbitration and Mediation* es https://www.sccam.org.

La dirección del sitio web de la *ASA* es http://www.arbitration-ch.org. La candidatura a la *ASA* está abierta a personas de todas las nacionalidades sin importar su nivel de experiencia. Los miembros tienen la posibilidad de hacer constar una reseña de su trayectoria en el sitio web de la asociación.

(Autores: Domitille Baizeau, Socia, LALIVE, Ginebra.
Jaime Gallego, Asociado Sénior, LALIVE, Ginebra).

Atribución imperativa de jurisdicción (estatal)

Término utilizado para precisar determinadas contiendas (tradicionalmente: juicios universales, posesorios, societarios y arrendaticios) que por imperativo legal han de ser sometidas a la jurisdicción estatal. La imperatividad de la jurisdicción estatal en estas materias tiene su justificación en la protección especial de determinados ámbitos considerados relevantes en el tráfico jurídico interno e internacional: Derecho de la Competencia, Propiedad Industrial, Sociedades, Quiebra, etc., reservados inicialmente en exclusiva a las jurisdicciones estatales. Así, en principio, en los casos en los que el legislador haya procedido a una atribución imperativa de jurisdicción o competencia, podría deducirse que no cabría en estas materias la arbitrabilidad y, en consecuencia, el conocimiento de las mismas a través de la jurisdicción arbitral quedando, pues, el arbitraje, automáticamente excluido. No obstante, la extensión de la arbitrabilidad ha generado un importante cambio en la teoría tradicional de exclusión del arbitraje por la mera existencia de atribuciones imperativas de jurisdicción.

Hoy en día, la tendencia prácticamente unánime, en el marco interno e internacional, entiende que la llamada «atribución imperativa de jurisdicción» es una mera «demarcación de órganos judiciales» que no impide el sometimiento del derecho material a juicio de los árbitros. El hecho de que el legislador concrete, tanto en el Derecho Procesal como sustantivo, reservas de jurisdicción para resolver cuestiones litigiosas específicas no implica, hoy por hoy, ningún impedimento de orden público para someter al convenio arbitral tales materias, a excepción de aquellas materias, claro está, que sean indisponibles y, por tanto, inarbitrables.

En efecto, la autonomía del arbitraje vinculada a su liberalización ha hecho también efecto en aquellas materias que tradicionalmente habían quedado cerradas a la competencia arbitral bajo la llave de una atribución imperativa de jurisdicción o, lo que es lo mismo, de una competencia exclusiva. La imperatividad de la jurisdicción estatal en estas materias tiene su justificación en la protección especial de determinados ámbitos considerados relevantes en el tráfico jurídico interno e internacional. Sectores en los que la imperatividad ha ido cayendo en algunos campos reservados inicialmente en exclusiva a las jurisdicciones estatales. Materias como el Derecho de la Competencia, de la Propiedad Industrial, Derecho de Sociedades, Quiebra, etc. No existe, pues, una correspondencia directa que permita deducir que cuando los Estados se reservan la competencia exclusiva en una determinada materia la arbitrabilidad vaya a quedar automáticamente excluida de la misma. En los supuestos internos, se refleja también la inconsistencia de que una atribución imperativa de jurisdicción equivalga a la inarbitrabilidad automática de la materia sobre la cual recaiga dicha competencia exclusiva. Ello se pone claramente de manifiesto en el ordenamiento español en materia de seguros, donde a pesar de que exista una atribución imperativa de jurisdicción lo único que ésta implica es la competencia territorial, pero no tiene trascendencia alguna para la arbitrabilidad.

De hecho, entre las materias arbitrables se encuentran competencias exclusivas, como la impugnación de acuerdos sociales, las cuestiones

relativas al Derecho de la Propiedad Intelectual e Industrial, los sectores protegidos por el arbitraje de consumo, etc. En definitiva, las competencias exclusivas no equivalen a la inarbitrabilidad de la materia controvertida. Dependen del alcance de dicha exclusividad sin que se haga depender a las mismas de un mero control competencial en relación con el orden público. Por ello, es éste un criterio que raras veces ha sido regulado positivamente como único método para determinar de manera general la arbitrabilidad, a no ser que tengamos en cuenta el artículo 5 del Concordato Intercantonal suizo que lo establece como criterio combinándolo con el de la libre disponibilidad de derechos; y el artículo 1 de la reforma de la Ley de Arbitraje portuguesa de 29 de agosto de 1986: «A menos que no esté sometida exclusivamente a un tribunal judicial o a un arbitraje obligatorio en virtud de una disposición especial, toda controversia que sea disponible puede ser confiada a la decisión de los árbitros». Criterio que, no obstante, como se desprende de la lectura, aparece combinado con el criterio de la disponibilidad.

Continuos pronunciamientos ponen en evidencia la adopción general de criterios más flexibles en lo que concierne a la arbitrabilidad de la controversia internacional en materias características de competencias exclusivas internas en decisiones relativas a procedimientos colectivos, objeto de laudos interlocutorios de la CCI, donde se observa la compatibilidad de la arbitrabilidad de la controversia, unida indisolublemente a criterios de competencia de los árbitros, con la atribución imperativa de jurisdicción en determinados ámbitos por mor de su internacionalidad. La razón de la imperatividad no es un ataque encubierto a la institución arbitral, ya que al igual que los árbitros quedan excluidos de la posibilidad de arbitrar en estas materias también lo está, en gran parte de las ocasiones, la jurisdicción ordinaria estatal. Por ejemplo, la competencia exclusiva que tiene la Comisión Europea para decidir sobre determinados acuerdos y exenciones en materias relativas al Derecho de la Competencia, lo es, por el momento, tanto para los árbitros internacionales como para los jueces nacionales de los Estados miembros.

Pero, la falta de rigurosidad del criterio de la atribución imperativa de jurisdicción no quita para que sea éste un límite que subsiste como importante punto de referencia a la hora de determinar la arbitrabilidad de las controversias y la jurisprudencia haya hecho uso de él en numerosas decisiones relativas a aquélla. Ello es porque al igual que el resto de los criterios que se utilizan para determinar la arbitrabilidad de las controversias, éste sirve para arrojar un indicio de aquellas materias en las que hay que poner una especial atención en aras de determinar dicha arbitrabilidad. Ello nos lleva irremediablemente a su conexidad con la designación de un criterio que sea eficaz para determinar la arbitrabilidad de las controversias como constante en todo trabajo en el que se plantee el tema del objeto material del arbitraje, ya sea éste, en el ámbito legislativo, jurisprudencial o doctrinal.

De todos es sabido que los criterios y los métodos propuestos para determinar la arbitrabilidad de las controversias han sido de lo más heterogéneos a la par que ambivalentes entre sí. De entre todos los criterios que existen para definir la arbitrabilidad *ratione materiae* de las diferentes controversias que pueden ser resueltas por medio de arbitraje hay que destacar fundamentalmente cuatro. El primero, se basa en la libre disponibilidad de los derechos controvertidos. El segundo, identifica la arbitrabilidad con la naturaleza económica o patrimonial de la controversia. Es el criterio de la patrimonialidad. El tercer criterio general es el de la competencia exclusiva de los tribunales judiciales, o lo que es lo mismo, la atribución imperativa de jurisdicción aquí objeto de explicación. Pero, no cabe duda de que el criterio de determinación de la arbitrabilidad más restrictivo, debatido y polémico se encuentra en el método fundamentado en el interés del orden público, cuyo estricto seguimiento implica el prohibir específicamente el arbitraje en todas aquellas materias tocantes al orden público, entre las cuales durante mucho tiempo se identificaban con aquellas materias protegidas por una atribución imperativa de jurisdicción.

Nuestra propuesta se basa en que el árbitro no se debe centrar con exclusividad en uno solo de los criterios tradicionalmente enunciados para

determinar la arbitrabilidad de la controversia internacional: patrimonialidad, disponibilidad, atribución imperativa de jurisdicción y, por supuesto, el orden público. Todos tienen que ser tenidos en cuenta. Puesto que basta que una controversia sea patrimonial, pero sobre ella recaiga una atribución imperativa de jurisdicción que sea eficaz en el lugar donde el futuro laudo se tenga que ejecutar para imposibilitar la arbitrabilidad e invalidar todo el proceso llevado a cabo. O puede que una materia sea patrimonial y no exista una atribución imperativa de jurisdicción sobre ella pero ésta sea ilícita y el orden público vete la arbitrabilidad internacional sobre la misma. Por ello, se defienden los tres primeros elementos como los criterios generales que conforman «la condición necesaria» de la arbitrabilidad, teoría denominada por la autora: «el trinomio de la arbitrabilidad» que responde a la necesidad de agruparlos. Y, una vez superados éstos se permite pasar a una segunda fase, definitiva, para establecer la arbitrabilidad en el contexto internacional. Es «la condición suficiente» de la arbitrabilidad de la controversia internacional determinada por el orden público internacional.

En definitiva, atrás quedaron las concepciones tendentes a prohibir el arbitraje cada vez que una determinada materia era reservada a un tribunal determinado bajo una atribución imperativa de jurisdicción. Hoy en día, la reserva de jurisdicción no constituye un límite a la arbitrabilidad ni resulta oponible al convenio arbitral. Simplemente son mandatos del legislador dirigidos a atribuir una competencia orgánica a los jueces del Estado. En nada afecta al arbitraje ni a su convenio, ni constituye una cláusula de cierre a la disponibilidad. La eficacia del convenio arbitral sólo dependerá de una cuestión sustantiva, cual es, si la controversia recae sobre materias de libre disposición conforme a derecho con las cautelas necesarias, en el arbitraje internacional, sobre las condiciones necesarias y suficientes de la arbitrabilidad de la controversia antes descrita.

(Autora: Marta Gonzalo Quiroga. Profesora de Der. Int. Priv. U. Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Chillón Medina y F. Merino Merchán. *Tratado de arbitraje interno e internacional.* Madrid: Cívitas, 2007, pp. 331-333. Cremades, B. M.ª. «El arbitraje societario». *Revista de la Corte Española de Arbitraje, (RCEA)*, 2000, vol. XVI, pp. 13-39. Gonzalo Quiroga, M. *Orden público y arbitraje internacional en el marco de la globalización comercial.* Madrid: Dykinson, 2003, pp. 125-128. Gonzalo Quiroga, M. *Arbitrabilidad de la controversia internacional en Derecho de la Competencia y condiciones generales de contratación: arbitraje internacional de consumo, seguros y trabajo.* Granada: Salobreña, Alhulia, 2003, pp. 103-126.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Arbitrabilidad. Orden público. Arbitraje societario. Arbitraje concursal. Arbitraje inmobiliario. Arbitraje tributario. Arbitraje testamentario. Arbitraje arrendaticio. Arbitraje de consumidores y usuarios. Arbitraje en el ámbito de las telecomunicaciones. Control judicial del arbitraje.

Audiencias

Audiencia es el acto por el que las partes en un proceso judicial o arbitral, sus abogados y otros partícipes como testigos y peritos, comparecen ante el juez o árbitro que resolverá la controversia, para presentar sus posiciones o cumplir algún acto procesal. Es la oportunidad en la que el tribunal que habrá de decidir el asunto litigioso sometido a su conocimiento oye a quienes participan en el proceso y a quienes son expresamente convocados para exponer o sustentar algo.

Las audiencias no son privativas de los procesos judiciales o arbitrales. En sentido genérico puede entenderse que la audiencia es toda oportunidad que una persona usualmente investida de alguna autoridad o jerarquía, concede a otra para oírla o conferenciar sobre alguna materia. También es el acto mismo de la reunión. Así, la audiencia constituye un vehículo de comunicación. Es correcto decir «el gerente solicitó «audiencia» a su directorio para exponer sobre las ventas» como también lo es decir «las partes solicitaron «audiencia» al tribunal para sustentar sus respectivas pretensiones».

El vocablo *«audiencia»* no se utiliza aquí en su acepción de *«tribunal»* o «autoridad con jurisdicción sobre un territorio». Únicamente nos re-

ferimos a audiencia como el acto de oír o escuchar de quien concede la audiencia, o de exponer de quien la pide o es convocado para comparecer.

Puede denominarse audiencia a toda diligencia que deba realizarse en presencia del juez o árbitro, y pueden haber tantas audiencias como etapas procesales deban cumplirse en el juicio o proceso arbitral, a saber, audiencia de instalación del tribunal arbitral; de conciliación; de saneamiento; de admisión de medios probatorios; de fijación de puntos controvertidos; de pruebas; de testigos; de alegatos; de informe oral, y cualquier otra que se requiera.

Son características de las audiencias las siguientes:

a. *Oralidad.-* Con motivo de la audiencia, el compareciente tiene ocasión de ser oído por el juez o árbitro, y dependiendo del tipo de proceso y de las reglas procesales aplicables al mismo, tendrá también oportunidad de escuchar las inquietudes del tribunal y responder a sus interrogantes y requerimientos. Durante el desarrollo de la audiencia se privilegia la oralidad, «que es lo que asegura la vigencia del principio de inmediación. Ella es garantía y seguridad porque el juez tiene la percepción directa y frontal de los hechos que mencionan las partes, testigos y peritos» (Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*, tomo 1, p. 762).

b. *Unidad.-* Es posible que la audiencia no pueda terminarse en el horario previsto y sea necesario continuarla en otro momento. En estos casos, se preserva la unidad de la audiencia recurriendo a la suspensión de la misma y no a su interrupción, de forma que se retome en el más breve plazo. Puesto que la audiencia dentro del proceso usualmente está referida a un acto o conjunto de actos procesales de igual naturaleza, con cuya actuación precluirá alguna etapa del proceso, al preservarse su unidad se contribuirá a no desnaturalizar los fines para los cuales fue convocada. Por ejemplo, en un proceso judicial o

arbitral hay una sola etapa de pruebas, por lo que debería existir una sola audiencia de pruebas. Que dicha audiencia pueda suspenderse y reiniciarse cuantas veces sea necesario no cambia que sea una sola, y que así deba ser entendida para que no se interprete que la etapa del proceso a la cual ésta se refería se duplicó sin razón ni fundamento.

Esto no quiere decir que ciertas audiencias no puedan repetirse. Las audiencias de conciliación, por ejemplo, pueden realizarse en cualquier etapa del proceso tantas veces como las partes las soliciten, producto de nuevas y diferentes iniciativas transaccionales, pero aun en este caso, deberá mantenerse la unidad de la audiencia que tenga lugar como consecuencia de cada iniciativa.

c. *Publicidad/Privacidad.-* Es característica de la audiencia en el proceso civil que sea pública, salvo que el juez o tribunal exceptúen a la audiencia de esta regla en razón de la intimidad o reserva de las cuestiones que deban tratarse en la misma. Por el contrario, en el arbitraje más bien es característica de la audiencia su privacidad, por ser inherente al arbitraje su confidencialidad.

La audiencia está asociada a diversos principios que informan el derecho procesal moderno, de los cuales no escapan los procesos arbitrales. El más próximo es el de la *«inmediación»*. *«Como de su significado literal se infiere, [la inmediación] significa que debe haber una inmediata comunicación entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse y los medios de prueba que se utilicen»* (Echeandía, Hernando Devis. *Teoría general del proceso*, tomo I, pp. 38 y 39). Como anota Carrión, *«este principio preconiza que el juez, como conductor del proceso y como personaje que va a resolver el litigio, tenga el mayor contacto posible con los sujetos del proceso, con los elementos materiales que tienen que ver con el litigio, con el propio desarrollo de los actos procesales, con la actuación de los medios probatorios, etc.»* (Carrión Lugo, Jorge. Tratado de Derecho Procesal Civil, tomo I, p. 51). El principio de inmediación busca que el juez o árbitro entable contacto directo y personal con las

partes y demás participantes del proceso, a cuyo efecto la audiencia es el principal medio para hacerlo posible.

Otro principio relacionado a la audiencia es el de «concentración», según el cual es deber del juez o árbitro limitar los actos procesales procurando que el desarrollo del proceso ocurra en el menor número de actos procesales, sin vulnerar el derecho de defensa de las partes, evitando así que su duración se prolongue injustificadamente. Las audiencias constituyen un excelente medio para concentrar la actividad procesal, pues posibilitan realizar actuaciones simultáneas con gran agilidad, que de otro modo habrían demandado demasiado tiempo en su actuación.

Merecen también mencionarse los principios de economía procesal y celeridad, cuyos fines están en línea con el ya descrito principio de concentración. Como se infiere de sus nombres, estos principios postulan que el juez o árbitro debe esforzarse por ahorrar tiempo y no malgastarlo en actos inútiles, impertinentes o inconducentes, y debe impulsar el proceso para imprimirle la celeridad debida, de forma que la decisión llegue en tiempo oportuno. Las audiencias pueden ser buenos instrumentos para el cumplimiento de estos fines, pero también pueden convertirse en vehículos de dilación, por lo que su uso debe ser cuidadoso y siempre asociado a una finalidad probadamente útil al proceso.

Finalmente, para el éxito de las audiencias es importante que las partes del proceso respeten escrupulosamente los deberes de veracidad, probidad, lealtad y buena fe.

(Autor: Enrique Ferrando. Socio del Estudio Osterling. Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Ledesma Narváez, Marianella. *«Comentarios al Código Procesal Civil»*, tomo 1, p. 762. Echeandía, Hernando Devis. *«Teoría General del Proceso»,* tomo I, pp. 38 y 39. Carrión Lugo, Jorge. *«Tratado de Derecho Procesal Civil»*, tomo I, p. 51.

VOCABLOS CONEXOS: Procedimiento arbitral. Prueba. Prueba pericial. Reglamento arbitral.

Autonomía de la cláusula arbitral

El principio de autonomía de la cláusula arbitral puede considerarse como uno de los pilares básicos del Derecho Arbitral. Para algunos, es incluso un principio de la *Lex Mercatoria.* Está reconocido en múltiples jurisdicciones, reglamentos de arbitraje y, sobre todo, en la Ley Modelo de Arbitraje UNCITRAL.

De conformidad con dicho principio, la cláusula arbitral es un contrato independiente del contrato del que ha surgido la disputa que se ha sometido a la jurisdicción de los árbitros. En otras palabras, la inexistencia o ineficacia del contrato principal (o de las cláusulas sobre las que existe disputa) no implica automáticamente que la cláusula arbitral lo sea también.

La aplicación del principio de autonomía de la cláusula arbitral tiene dos consecuencias esenciales. En primer lugar, que la existencia o ineficacia de la cláusula arbitral será examinada con carácter independiente del resto del contrato. Esto se conoce como «separabilidad» de la cláusula arbitral. En segundo lugar, que la ley aplicable a la cláusula arbitral no tiene por qué ser la misma que la ley aplicable al resto del contrato.

Así, la cláusula arbitral puede perfectamente ser inexistente o ineficaz, pero no porque lo sea el contrato principal, sino porque, de conformidad con la ley que le sea de aplicación, deba tenerse por no puesta.

La capitalidad del principio deriva de que, gracias a él, se puede evitar que, si los árbitros declaran tras todo un procedimiento arbitral que el contrato principal es nulo, ilegal o inexistente, el propio laudo en sí no pueda ser dictado o carezca de efectos porque la cláusula arbitral adolecía de las mismas vicisitudes. La situación sería considerablemente decepcionante para las partes.

De este modo, y con el principio de autonomía en la mano, el árbitro o árbitros no entrarán a decidir sobre el fondo del asunto si, de acuerdo con la ley aplicable a la cláusula arbitral, ésta no puede desplegar efectos. Rechazarán la jurisdicción sobre el caso y las partes deberán acudir a los tribunales ordinarios.

Por el contrario, si el árbitro o árbitros consideran que la cláusula arbitral es válida, podrán entrar a conocer el fondo del asunto y dictar un laudo. Cuestión diferente es que el laudo pueda ser anulado por un tribunal si la cláusula arbitral no existía o no era válida, pero éste sería un escenario de revisión judicial del arbitraje distinto al claramente indeseable que se podría producir si todo un arbitraje no puede terminar con un laudo porque el propio resultado de la prueba practicada durante el arbitraje es que la cláusula arbitral era inexistente o ineficaz.

La autonomía de la cláusula arbitral es una herramienta al alcance de los árbitros para que éstos puedan hacer valer eficazmente el principio *kompetenz-kompetenz.* Ambos principios aseguran que un pacto de sumisión a arbitraje no sea fácilmente desvirtuado porque la separabilidad permite que los árbitros puedan decidir sobre su propia jurisdicción antes de decidir sobre el fondo del asunto.

El hecho de que la voluntad de las partes de someterse a arbitraje es independiente del contrato principal raramente se discutirá cuando esta voluntad ha sido manifestada separadamente del contrato principal. Aunque la conexión entre el contrato principal y la sumisión a arbitraje es evidente, su independencia no ofrece demasiados problemas. Es por ello que el principio de autonomía se suele predicar de la cláusula arbitral, esto es, de la sumisión a arbitraje contenida dentro del mismo contrato principal.

El principio de separabilidad de la cláusula arbitral, como hemos indicado antes, ha sido aceptado en la mayoría de jurisdicciones (ya sea por expresa inclusión en la legislación aplicable o por reconocimiento juris-

prudencial) desde mediados del siglo XX. Posteriormente, fue recogido en el artículo V.3 del Convenio de Ginebra de 1961, pero, sin duda, el hecho de que haya sido expresamente reconocido en el artículo 16 Ley Modelo UNCITRAL ha contribuido enormemente a su expansión al día de hoy.

Así, por ejemplo, países como los Estados Unidos de América, España, Perú, Venezuela, Mexico, Argentina, Chile, Colombia, Paraguay, Canadá, Francia, Alemania, Bélgica, Brasil, Rusia, Suiza, Inglaterra, Holanda, Suecia, China, Egipto, Túnez, Algeria y otros reconocen la autonomía de la cláusula arbitral.

Del mismo modo, los reglamentos de arbitraje más relevantes del panorama internacional reconocen la separabilidad. Así, por ejemplo, el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, el Reglamento de la CNUDMI, el Reglamento de la *London Court of International Arbitration (LCIA),* el Reglamento de la *China International Economic and Trade Arbitration Commission (CIETAC),* y las Reglas de Arbitraje Internacional de la *American Arbitration Association (AAA).*

En cuanto a la ley aplicable a la validez de la cláusula arbitral, su regulación no es tan clara y uniforme como en el caso de la separabilidad. Es una cuestión notablemente más compleja que recibe tratamiento diverso según las jurisdicciones. En cualquier caso, el Convenio Europeo sobre arbitraje comercial internacional hecho en Ginebra el 21 de abril de 1961 establece en su artículo VI las reglas para determinar la ley aplicable a la existencia o validez del convenio arbitral, reglas diferentes de las previstas para la determinación de la ley aplicable al contrato del que surge la disputa, reguladas en el artículo VII.

Del mismo modo, el Convenio de Nueva York de 1958, establece en su artículo V como motivo para el no reconocimiento de un laudo que éste no sea válido de conformidad con la ley al que las partes sometieron su

validez o, de no existir tal sumisión, de conformidad con la ley del lugar donde el laudo fue emitido. De nuevo, al margen de la ley aplicable al contrato principal.

(Autor: Alfonso Maristany Pintó. Abogado de Cuatrecasas, Conçalves Pereira, S.L.P.).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Redfern, A., M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional.* Navarra: Thomson Aranzadi, 2006. Tawil, G., E. Zuleta, M. Virgós y F. Garcimartín. Derecho Procesal Civil Internacional Litigación Internacional. Navarra: Thomson-Cívitas, 2007; Lew J.D.M., L.A. Mistelis y S.M. Kröll. *Comparative international commercial arbitration.* Londres: Kluwer, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Ley aplicable al convenio arbitral. *Kompetenz-kompetenz*.

Autorregulación

En algunos sectores del ordenamiento jurídico nos encontramos con unos mecanismos de autocontrol basados en sistemas de autorregulación que se encuentran plasmados en instrumentos que se denominan: códigos de conducta de debido respeto, códigos de buenas prácticas, códigos éticos o de deontología. Estos códigos, como su propio nombre indica, tratan de imponer unas reglas de conducta, además de unos principios mínimos, pautas de comportamiento, etc., que deben ser cumplidos por todos aquéllos que se dediquen a ese sector, de modo que, en caso de trasgresión de dichas normas, se establece un sistema de sanción de las mismas por parte de un órgano competente en la materia. Ejemplo de ello es el *Jurado de Autocontrol de la publicidad español*, órgano especializado en materia deontológico-publicitaria.

La autorregulación conlleva un proceso de creación normativa generado desde un colectivo, asociación o grupo profesional o económico, ajeno al poder público y al que se le concede naturaleza colectiva o grupal, cuya finalidad principal reside en la regulación de los comportamientos

de quienes integran dicho colectivo. En este proceso de creación de normas se favorece la participación de quienes integran el sector, contribuyendo así al desarrollo y perfeccionamiento de las mismas.

En este sentido, los sistemas de autorregulación son propios de determinados sectores en los que se decide configurar un código de conducta que se autoimponen todos sus integrantes y que debe ser acatado por sus miembros, caracterizándose además, por concurrir las notas de autocontrol y autosanción. Tengamos en cuenta que la puesta en marcha de los sistemas de autorregulación, su funcionamiento y confianza es el resultado de la libre iniciativa y del compromiso voluntario de sus componentes, sin que entrañe coacción alguna, por lo que las pautas o reglas de actuación que se elaboran deben respetarse voluntariamente por los integrantes del colectivo en cuestión. Las normas éticas a cumplir por sus miembros, los métodos de solución de conflictos alternativos a la justicia que ofrecen, las exigencias a sus integrantes, etc., proporcionan mayor credibilidad a la vez que garantizan unas pautas mínimas a quienes intervienen en el sector correspondiente.

La autorregulación, además, efectúa una importante labor preventiva, tratando de advertir, aconsejar y prevenir determinadas conductas. Sin embargo, por norma general las pautas y comportamientos éticos de conducta proclamados por estos sistemas no son suficientes para garantizar su efectivo cumplimiento, lo que conlleva que suela existir alguna entidad o institución que evalúe y denuncie los posibles incumplimientos de los códigos deontológicos, como pueden ser, entre otros, un jurado especializado, un comité encargado de tales tareas, etc., los cuales escapan del régimen ordinario de los tribunales de justicia. Consecuentemente, en el término autorregulación se han englobado conceptos tales como autocontrol y autodisciplina, o incluso se ha llegado a afirmar que estos dos últimos términos, son una variante de la autorregulación, en tanto y en cuanto se crean organismos de control que velan por el cumplimiento de las normas éticas, corrigiendo las infracciones de las mismas e imponiendo sanciones a quienes

no respeten los compromisos que de manera volitiva han ido adquiriendo. Es cierto que las resoluciones de los órganos de autodisciplina no suelen tener el mismo carácter que las sentencias judiciales, pero al haber sido voluntariamente aceptados adquieren plena virtualidad entre sus miembros. Además, en la mayoría de ocasiones estas entidades proponen algún tipo de resolución negociada de conflictos, fomentando el empleo de los mecanismos alternativos o extrajudiciales de solución de los conflictos, como puede ser la mediación o el arbitraje —incluso en algunas ocasiones el sometimiento a los mismos es una de las condiciones que deben respetarse—.

Como ya hemos mencionado, los sistemas de autorregulación se plasman en unos códigos de conducta. Estos códigos suelen asociarse a la concesión de un sello o marca de calidad que la entidad que promueve dicho código permite utilizar a las empresas o colectivos que lo suscriben y se someten a las consecuencias que su incumplimiento pueda conllevar, viéndose éstas beneficiadas de la distinción que la marca o sello implica, precisamente porque la confianza potencial de la atribución de la misma supone llevar implícito el cumplimiento de una serie de normas que el público conoce y cuya trasgresión es susceptible de denuncia y reclamación.

Unos de los sectores que más se ha caracterizado por emplear sistemas de autorregulación ha sido el de la publicidad. Desde luego, así ha ocurrido en la mayoría de países de la Unión Europea, quienes han fomentado en las últimas décadas múltiples iniciativas de autocontrol. A título de ejemplo encontramos, entre otros, en Italia el *Instituto dell'Autodisciplina Publicitaria,* en Austria el *Österreischer Werberat*, y en Bélgica el *Jury d'Ethique Publicitaire*. Otro sector fuertemente inspirado por los sistemas de autorregulación es el del comercio electrónico, pudiendo destacar, la Directiva Europea n.º 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, que se ocu-

pa de esta materia al establecer el deber de los Estados miembros de fomentar la elaboración de códigos de conducta. En esta línea, determinadas organizaciones internacionales y asociaciones sectoriales han elaborado códigos de conducta en campos relacionadas con el comercio electrónico que tratan de ofrecer mayores dosis de seguridad jurídica y potenciar la confianza —la llamada *e confidence*— de los usuarios de este tipo de comercio; ejemplo de ello se encuentra en el denominado «E-terms» impulsado por la Cámara de Comercio Internacional de París. En España existe un Libro Blanco sobre los sistemas de autorregulación, los sellos y marcas de confianza en mercados digitales y códigos de buenas prácticas para el comercio electrónico, de diciembre del 2002 cuyo contenido manifiesta la proliferación de los códigos de conducta asociados a sellos o marcas de confianza.

A pesar de lo previamente mencionado, los sistemas de autorregulación no son exclusivos del ámbito mercantil, sino que también son propios de otras ramas del ordenamiento como puede ser la laboral.

(Autora: Ana Montesinos García. Profesora Contratada Ramón y Cajal, de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Barona Vilar, S. *Solución extrajudicial de conflictos (ADR)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999. Barona Vilar, S. *Competencia Desleal.* Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010. Maluquer de Motes, C. «La solución extrajudicial de los conflictos: códigos de conducta y arbitraje electrónico». *La regulación del comercio electrónico. AA.VV.* Barrals Viñals, I. (Coord.). Madrid: Dykinson, 2003. Rubio Gimeno, G. «Autorregulación y Marcas de Calidad: Códigos de Conducta en la Red». *Newsletter electrónica* n.º 5/2002 de 19 de diciembre de 2002, disponible en http://www.e-global.es/confianza/newsletter05_2002.htm. Gómez Segade, J.A. «Sistemas de autorregulación publicidad». Primeras Jornadas de Derecho de la Publicidad, INP, 1989.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa. *Code of Ethics.* Cámara de Comercio Internacional de París. Mediación.

Auxilio judicial (ver término «Asistencia judicial»)

Ayuda logística (por las Cámaras de Comercio)

Para el arbitraje es necesario un lugar (una sala con mesas, sillas, ordenadores en los que redactar los documentos en que se reflejan las actuaciones de las partes, una sala contigua para que los testigos o expertos esperen, quizá los equipos necesarios para una videoconferencia o para grabar o filmar todas las sesiones, así como lavabos, cafés, agua, restaurantes cercanos para las pausas para comer, etc.). Las instituciones arbitrales tienen algunas capacidades para este fin en su sede —así, por ejemplo, la Cámara de Comercio Internacional dispone de unas instalaciones en la Avenue Kléber de París aparte de las salas de su sede en *Cours Albert* 1er—, pero como los arbitrajes pueden tener como sede localizaciones distintas, así escogidas por las partes, en esos lugares habrá que hallar una forma de obtener lo necesario para el correcto desarrollo de las reuniones presenciales del arbitraje. Así, aparte de la posibilidad de alquilar las salas necesarias en un hotel o usar la oficina profesional del árbitro, es frecuente que se pida la colaboración de otras instituciones —que quizá tengan sus propios sistemas arbitrales—. Así, por ejemplo, en la Cámara de Comercio de Panamá, el Consejo Superior de Cámaras de España o la Cámara de Comercio de Barcelona, se llevan a cabo no sólo arbitrajes según su procedimiento sino también arbitrajes de la Cámara de Comercio Internacional, que alquila o se puede utilizar sus instalaciones.

(Autor: Jordi Sallarés. Profesor de Derecho Internacional de la U. de Barcelona).

B

Buena fe (en el Arbitraje)

1. Introducción

Se ha indicado que «la buena fe es el alma de los contratos» (García Goyena) y un «puente de conexión entre el Derecho y las convicciones generales» (Naranjo de la Cruz). La comprensión de la actual función de la buena fe, en particular en el comercio internacional, requiere realizar una breve presentación de su génesis histórica, que se sitúa —como es sabido— en la noción de *bona fides* del Derecho Romano (Castresena). Más concretamente, en los siglos III y II a. d. C., y, en particular, en la labor desarrollada por el *praetor peregrinus* (creado en el año 242 a. d. C.), autoridad que se ocupó de dar respuesta a las relaciones que mantenían los ciudadanos romanos (a los que se aplicaba el *ius civile* o Derecho Romano) con los extranjeros (a los que no se aplicaba el referido ordenamiento, sino el *ius gentium*), como consecuencia de la expansión de las relaciones comerciales del Imperio durante el referido período (Camacho Evangelista).

Si bien la buena fe se introduce en el Derecho Romano en primer lugar en el ámbito del proceso, articulándose una específica modalidad de acción (*actio fiduciae*), precursora de los procedimientos de buena fe (*bonae fidei iudicia*), dicha acción es consecuencia del desarrollo (y extensión a las relaciones internacionales) de la tradicional noción romana de «*fides*» en el campo de los negocios, que presidía el ámbito de los contratos cuando se realizaban entre vecinos y/o amigos. La internacionalización de las relaciones comerciales supuso también la de la noción de confianza, esto es, los pactos entre romanos y peregrinos no eran simplemente obligatorios (de forma que las partes se comprometían a cumplir lo pactado), sino que se obligaban también a lo que era razonablemente exigible de conformidad con las normas del tráfico. El

concepto de *fides* alcanzó un sentido objetivo en el momento en el que se generalizó, estableciéndose una relación entre la *fides* y el *bonus vir* (hombre bueno), de tal forma que la *bona fides* es, desde el punto de vista de la autoridad judicial, el comportamiento que generalmente se espera de un hombre normal en un caso concreto.

A partir del momento en que Roma entra en contacto con todos los pueblos del mundo a través del comercio, el i*us gentium* se convierte en un derecho común, equivalente al *ius aequum* y contrapuesto al *ius strictum* o Derecho solemne. La doctrina ha puesto de relieve que, si bien suele establecerse una dicotomía entre los ordenamientos en los que existe la noción de buena fe, heredada de la tradición romanista, y los sistemas jurídicos del *common law,* en los que esta idea no es conocida, esta clasificación es reductiva (Van der Mensbrudghe). En todo caso, cada ordenamiento ha recogido el principio de buena fe de forma distinta en el ámbito de los contratos, de conformidad con las características de su sistema económico y social.

2. Buena fe y Derecho transnacional

Se observa con carácter general esta exigencia de buena fe en el ámbito contractual en la nueva *Lex Mercatoria* (en particular, de origen académico) pudiendo citar, entre otros textos pertenecientes a este nuevo Derecho del Comercio de origen transnacional, los Principios UNIDROIT para los contratos internacionales, en su versión de 1994 y en su actual redacción del 2004. En concreto, el artículo 1.7 dispone que las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional (pár. 1.º); que hay que poner en relación con el artículo 2.1.15. Si bien la primera de las disposiciones citadas se refiere al deber de buena fe, la doctrina considera de forma mayoritaria que constituye en el momento presente un «fondo común» aceptado en el comercio internacional, que rige la formación, la validez, la interpretación, el cumplimiento y el incumplimiento de los contratos, tanto en el ámbito de los sistemas de *civil law* como de *common law*. Y, por tal motivo,

ha de considerarse no sólo un concreto deber, ni una cláusula general, sino un principio general, con las consecuencias que de ello se derivan en orden a su función en el ordenamiento transnacional del comercio internacional. Los —más modernos— Principios del Derecho Europeo de los Contratos (PDCE) recogen también este deber general de actuar de buena fe (artículo 1.201). Además, el deber de comportarse de buena fe es una norma imperativa en los PDCE (artículo 1.201, pár. 2.º).

Como principio general, la buena fe es fuente de obligaciones (función normativa) y actúa de forma más creativa en la medida en que el ordenamiento no cuente con otros principios expresamente reconocidos. También cumple una función flexibilizadora cuando las relaciones entre las partes están hiperdetalladas, lo que puede suceder en el caso de los contratos complejos, en los que las asociaciones profesionales o los actores que intervienen en estas relaciones fijan su contenido de forma exhaustiva (por ejemplo, contratos de transferencia de tecnología, operaciones de construcción de plantas «llave en mano», operaciones de *joint-venture*, etc.).

De otra parte, el principio general de buena fe desempeña una importante función en la interpretación del contrato internacional, esto es, con la posibilidad de que la autoridad judicial o arbitral precise, concrete o aclare el sentido de los concretos términos empleados por las partes en el clausulado del negocio, dado que puede tratarse de una disposición cuyo sentido requiere ser precisado o hay que determinar su alcance en relación con otras cláusulas del contrato. No obstante, llegado el caso no siempre es sencillo diferenciar entre la función interpretativa e integradora de la buena fe, dado que todo proceso de interpretación supone o conlleva indicar en el contrato algún aspecto que, al no estar manifestado de forma nítida, es necesario perfilar, y en este sentido cabe decir que conlleva también su integración. Así, en puridad de sentido, la interpretación ha de realizarse con respecto a los concretos términos o aspectos del contrato, tanto de lo que indica expresamente como de lo que indica de forma implícita. La integración, sin embargo, exige un

proceso de deducción de la voluntad de las partes, que no se recogió de forma expresa en el referido documento, pero que puede inferirse de los demás elementos que rodean la vida del contrato así como del tráfico mercantil en el concreto sector considerado (y de la buena fe), del que derivan determinados efectos para el contrato.

No obstante, dichas tres funciones están muy relacionadas, hasta el punto de que no cabe apreciar diferencia entre ellas en determinados casos, en particular, cuando del principio de la buena fe se derivan un conjunto de deberes (función normativa y/o integradora), que marcan —además— la interpretación del contrato en este sentido. De otro lado, en la medida en que en el concreto ordenamiento que resulte de aplicación al contrato o en el propio texto del negocio se recojan las obligaciones que han de cumplir las partes, restará ámbito de operatividad a la citada función normativa del principio de buena fe, pero adquirirá más importancia su dimensión interpretativa, no sólo en el caso de cláusulas oscuras, sino también cuando se trata de dotar de un contenido más específico a los citados deberes.

La función normativa así como interpretativa del principio general de la buena fe tiene gran importancia en la fase de negociación del contrato internacional, con especial trascendencia, en particular, si tiene lugar la ruptura de las negociaciones. La práctica arbitral, así como las decisiones judiciales de los distintos países ponen de relieve la importante función que cumple el citado principio general en orden a la preparación del contrato, esto es, de cara a su negociación. En este sentido, las negociaciones realizadas de mala fe (en sentido subjetivo) tienen como consecuencia, en caso de ruptura, la reparación del daño a la parte a la que le ha causado un perjuicio, con independencia de lo que indique un concreto sistema jurídico.

Por tal motivo, carece de sentido identificar el ordenamiento de conformidad con el que hay que valorar el comportamiento de las partes en la fase de preparación de la operación, que debe enjuiciarse en todo caso

de conformidad con el principio general de buena fe en su sentido objetivo y también subjetivo, que excluye que una de ellas deje de tomar en cuenta la posición e interés de la otra (circunstancias concurrentes, información intercambiada, etc.) para actuar por su propia cuenta. La buena fe también encuentra una importante aplicación en el cumplimiento del contrato internacional, en particular, cuando han cambiado las circunstancias de forma extraordinaria e imprevisible, y su prosecución se hace, bien imposible, bien mucho más gravosa para el deudor.

Por último, cabe decir que el principio de la buena fe se recoge en el momento actual en la mayoría de los ordenamientos del mundo, así como en las normas de origen convencional y en la *lex mercatoria*.

Consiste en observar las normas de conducta colectiva que han de ser tomadas en cuenta por toda conciencia sana y honrada (Lasarte), de un lado y, de otro, en ponerse en la posición de la otra parte del contrato y despliega en el actual Derecho del Comercio Internacional una triple función: normativa, interpretativa e integradora de la voluntad de las partes en el contrato. También cabe destacar una cuarta función, limitativa, en la medida en que puede actuar para impedir la aplicación estricta del clásico principio *pacta sunt servanda*, cuando las circunstancias concurrentes hayan cambiado o alterado de forma importante la causa concreta del negocio, como puede ponerse de relieve en las situaciones que permiten el recurso a la técnica de la adaptación (Esteban de la Rosa).

(Autora: Gloria Esteban de la Rosa.
Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la U. de Jaén).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Camacho Evangelista. *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*. Granada: Universidad de Granada, 1962. Castresena. *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1991; Esteban de la Rosa. «La adaptación de los contratos en el comercio internacional». *Anuario español de Derecho internacional privado*, 2007, pp. 71-93; Hartkamp. «The concept of Good Faith in the Unidroit Principles for international commercial contracts». *Tulane Journal of International and Comparative Law*, 1994, n.os 1-2, pp. 65

y ss.; Lasarte. «*Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*». *Revista de Derecho Privado*, 1980. Naranjo de la Cruz. *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*. Madrid, BOE, 2000; Schermaier. «Bona fides in Roman contract law». En Zimmernann, R. y S. Whittaker (Eds.): *Good Faith in European Contract Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; Van der Mensbrugghe. «*Migrations juridiques de la bonne foi*». *Revue de Droit international et Droit comparé*, 1999.

VOCABLOS CONEXOS: Abuso de Derecho. *Arbitrium Boni Viri. Code of Ethics*. Confluencia de tradiciones jurídicas. Derecho aplicable al arbitraje. Lex Mercatoria. Mala fe. Orden Público. *Pacta Sunt Servanda*. Principios Generales del Derecho. Principios del Derecho Internacional. Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales. *Rebus Sic Stantibus.* UNIDROIT. Usos y Costumbres mercantiles.

C

Caducidad de la acción de anulación del laudo arbitral

Contra el laudo definitivo podrá ejercitarse la acción de anulación para la impugnación del laudo (artículo 40 de la Ley de Arbitraje (LA)). Con esta acción no se recurre el laudo, sino que se ejercita una acción por defectos procesales que anula el laudo dictado, quedando imprejuzgado el asunto.

Para el ejercicio de esta acción, la Ley de Arbitraje establece un plazo de caducidad de dos meses, contados desde la notificación del laudo o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del mismo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla.

La acción de anulación se resolverá por el Tribunal Superior de Justicia correspondiente al lugar donde se dictó el laudo arbitral (artículo 7.5

LA) conforme a la LO n.º 5/2011 de 20 de mayo de 2011, complementaria a la Ley n.º 11/2011 de 20 de mayo de 2011, de reforma de la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje. Esta reforma permitirá una mayor unificación de criterios al interpretar los motivos de anulación, de lo que hasta ahora ha acontecido, al haber sido competencia de las Audiencias Provinciales.

(Autora: D.ª Susana San Cristóbal Reales. Profesora en el Real Colegio Universitario María Cristina (adscrito a la UCM).

Caducidad de la acción ejecutiva en el arbitraje

El árbitro tiene asignada la potestad declarativa del derecho, cuando se trata de derechos disponibles y hay un convenio arbitral entre las partes de sometimiento a arbitraje. Sin embargo, carece de potestad ejecutiva, por lo que la parte favorecida por el laudo arbitral, en caso de incumplimiento, ha de acudir al juez de primera instancia del lugar donde se ha dictado el laudo (artículo 7.4 Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003 (en adelante, LA), y 545 Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), para instar ante éste la ejecución forzosa, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro Juzgado o Tribunal.

Se ha suprimido la competencia de los juzgados de lo mercantil para la ejecución forzosa de laudos arbitrales en materia de su competencia, que corresponde en exclusiva a los juzgados de primera instancia, conforme a la LO n.º 5/2011 de 20 de mayo de 2011, complementaria a la Ley n.º 11/2011, de 20 de mayo de 2011 de reforma de la Ley n.º 60/2003 de Arbitraje (artículo 85.5 LOPJ).

La Ley de Arbitraje, en el artículo 44, establece que la ejecución forzosa de los laudos se regirá por lo dispuesto en la LEC.

Del artículo 518 de la LEC se deduce que la acción ejecutiva fundada en resolución arbitral caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza del laudo arbitral.

Por otro lado, el artículo 556 de la LEC establece que si el título ejecutivo fuera una resolución arbitral de condena, el ejecutado, dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto en que se despache ejecución, podrá oponerse a ella por escrito alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en el laudo arbitral, que habrá de justificar documentalmente. También podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público.

De dichos preceptos se deduce que al despacho de ejecución puede oponerse «el pago o cumplimiento de lo ordenado en el laudo arbitral» y «la caducidad de la acción ejecutiva», que se produce si no se interpone la demanda ejecutiva dentro de los cinco años.

Por tanto, aun teniendo título ejecutivo (laudo arbitral de condena: artículo 517.2 LEC) puede ocurrir que se carezca de acción ejecutiva, bien porque el condenado ha cumplido lo que el laudo arbitral ordena y falta el interés legítimo para la ejecución forzosa, o porque la acción ejecutiva ha caducado, por no haberse interpuesto la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza del laudo arbitral.

Ahora bien, es necesario tener en cuenta que el plazo de caducidad procesal que establece el artículo 518 LEC afecta únicamente a la acción ejecutiva, por lo que el cómputo de la caducidad no puede iniciarse hasta que se dé el incumplimiento que legitime instar la ejecución forzosa, ya que el cumplimiento voluntario por el deudor impide el ejercicio de la acción ejecutiva, por falta de interés legítimo para la ejecución forzosa.

Por lo anterior, el artículo 548 LEC establece que el tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales dentro de los veinte días posteriores a aquél en que el laudo arbitral o resolución judicial haya sido notificado al ejecutado. A partir de este momento empieza a correr el plazo de caducidad de los cinco años para el ejercicio de la acción ejecutiva.

(Autora: D.ª Susana San Cristóbal Reales. Profesora en el Real Centro Universitario Escorial M.ª Cristina (adscrito a la UCM)).

Cámara de Comercio Internacional (CCI)

La Cámara de Comercio Internacional (CCI) es una organización no gubernamental de carácter internacional que tiene su sede en París, ciudad donde nació en 1919. Constituye hoy por hoy una de las organizaciones privadas de más influencia en el mundo. Está formada por miles de empresas y organizaciones empresariales de más de 130 países; esto es, se trata de una organización empresarial que se dirige esencialmente a representar mundialmente los intereses empresariales. Sus fines estatutarios básicos son actuar a favor de un sistema de comercio e inversiones abierto y crear instrumentos que lo faciliten.

Como bien se recuerda en la web de la CCI, un año después de la creación de las Naciones Unidas, la CCI obtuvo el rango de organismo consultivo del más alto nivel ante la ONU y sus agencias especializadas. Es también ente consultivo privilegiado, *inter alia*, de la Organización Mundial de Comercio, del Fondo Monetario Internacional, del Banco Mundial, de la OCDE y de la Comisión Europea. Incluso el G-8 recibe en cada una de sus reuniones un informe sobre las grandes preocupaciones empresariales del momento, que es entregado al primer ministro del Estado anfitrión.

La CCI cuenta, asimismo, con numerosos Comités Nacionales, que se localizan en 90 Estados. En aquéllos donde no se haya establecido un Comité, las empresas y las asociaciones empresariales pueden solicitar ser miembros directos de la Organización. Los datos de contacto de los Comités Nacionales pueden consultarse en la página web de la Organización (www.iccwbo.org).

Dentro de las distintas actividades que desarrolla la CCI en aras a facilitar el comercio y las inversiones internacionales, cabe destacar diferentes aspectos: el desarrollo de sistemas alternativos de resolución de conflictos, la recopilación y actualización de usos comerciales internacionales (INCOTERMS, Reglas y Usos uniformes relativos a los créditos documentarios, etc.) y la elaboración de reglas y códigos de conducta sobre múltiples aspectos de la actividad empresarial internacional (Carta de las Empresas para un Desarrollo Sostenido, Código de Prácticas Legales en Publicidad, Código de buenas prácticas para la elaboración de estudios de mercado, Reglas contra la extorsión y el cohecho en las transacciones internacionales, Guía para el comercio electrónico, etc.).

El desarrollo de tales tareas se estructura por medio de secciones especializadas, tales como:

1. *El Servicio de Resolución de Controversias*, que incluye la Corte Internacional de Arbitraje y que constituye un prestigioso sistema de resolución de controversias comerciales.

2. *El Servicio de Eventos*, que organiza conferencias, talleres y seminarios sobre cuestiones de vital importancia para los operadores comerciales.

3. *El Servicio de Publicaciones*.

4. *La Federación Mundial de Cámaras de Comercio*, la red más amplia de Cámaras de Comercio del mundo.

5. *El Servicio de Delitos Comerciales*, en el que se establecen medidas de prevención contra la piratería en el mar, las falsificaciones o los fraudes, entre otras.

Centrándonos en particular en la labor emprendida en materia de *Alternative Dispute Resolution* (ADR), la CCI se erige como uno de los centros internacionales de mayor prestigio de resolución no judicial de controversias comerciales. Con el fin de solicitar el acceso a sus mecanismos ADR, la CCI requiere de los interesados que remitan a la Organización una demanda por escrito y el pago de una tasa. Dicho escrito deberá incluir, entre otras cuestiones, los datos de contacto de las partes; una descripción de la controversia y una valoración de la misma, si fuera posible; la designación conjunta del tercero neutral o, en su defecto, cualquier acuerdo de todas las partes sobre las características del tercero a nombrar por la CCI; y el acuerdo escrito de remisión a los sistemas ADR de la CCI.

La CCI informará a la otra parte de la interposición de la demanda, a la que se ofrece un plazo de 15 días para aceptar o rechazar el proceso. Si se rechaza o no se contesta en el plazo de 15 días, el proceso ADR no dará comienzo y la CCI informará de estas circunstancias por escrito a la parte que inició la solicitud.

En materia arbitral, ciertos rasgos distinguen al arbitraje de la CCI frente a otros. La Corte Internacional de Arbitraje (CIA) de la CCI fue en su momento un centro pionero en el mundo de los negocios y es considerada actualmente la principal institución mundial especializada en la solución de controversias comerciales internacionales. No en vano, de acuerdo con datos proporcionados por la propia Organización, ha recibido más de 14.500 casos desde su fundación en 1923. Está compuesta por miembros procedentes de más de 88 países de todo el mundo, por lo que goza de una importante proyección internacional. Cabe subrayar que la CIA no es un «tribunal» en el sentido tradicional del término. Su misión es garantizar la debida aplicación del Reglamento de Arbitraje

de la CCI, en el cual se fijan las reglas procesales aplicables a los procesos arbitrales desarrollados bajo sus auspicios. La Corte no resuelve por sí misma las controversias sometidas a arbitraje —función que corresponde a los árbitros nombrados de acuerdo con el Reglamento— sino que supervisa el procedimiento. Nombra a los árbitros o confirma los designados por las partes, fija sus honorarios, se pronuncia sobre la admisibilidad o no de la demanda de recusación de los árbitros y examina y aprueba los laudos arbitrales.

(Autora: Carmen Azcarraga. Profesora de la Universidad de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. Aznar, C. «Una visión general del nuevo Reglamento ADR de la Cámara Internacional de Comercio». *Reforma Judicial: Revista Mexicana de Justicia*, 2003, n.º 1. Conejero Roos, C. «La contribución de la Cámara de Comercio Internacional en materia de comercio electrónico y arbitraje durante el año 2005». *DeCITA: Direito do comercio internacional*, n.ºs 5-6, 2006. Craig, W.L. *International Chamber of Commerce and Arbitration*. Nueva York: Dobbs Ferry, 2000. Díaz Moreno, A. «Las reglas uniformes de la Cámara de Comercio Internacional sobre garantías 'a demanda'». *Derecho de los negocios*, 1993, n.º 36. Gorriz López, C. «CCI: La labor de la Cámara de Comercio Internacional en el Derecho Marítimo Internacional durante el año 2001». *Anuario de Derecho Marítimo*, 2002, n.º 19. Grande, S. «La *«lex mercatoria»* en los laudos de la Cámara de Comercio Internacional». *Díkaion: Revista de actualidad jurídica*, 2008, n.º 17. Web de la Cámara de Comercio Internacional htpp://www.iccspain.org.

VOCABLOS CONEXOS. *Lex Mercatoria.* Arbitraje institucional. Acta de misión. *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Arbitraje internacional. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París.

Careo de peritos (o de testigos)

El careo de peritos es una forma relativamente novedosa de enfrentar dos o más peritos que han presentado informes periciales sobre los mismos temas. Es un proceso cuya principal ventaja es una mayor eficiencia en la administración de la prueba pericial al ofrecer la posibilidad a un perito de corregir o matizar la respuesta de su contrincante en el acto.

Con ello, en el seno de la audiencia se pasa de un formato en el que el enfrentamiento se produce entre el perito y el abogado (que necesariamente va a tener conocimientos técnicos inferiores a los del perito) a uno en el que el enfrentamiento es entre peritos. Se evita así el esquema tradicional en el que los peritos son contrainterrogados individualmente por los abogados de parte y, posiblemente, por los árbitros.

Su principal propulsor ha sido el Dr. Wolfgang Peter, abogado y árbitro suizo, aunque en los artículos en los que presenta dicha técnica se propugna la conveniencia de incluir en un mismo careo los testigos fácticos y los peritos, cuando ello sea posible y razonable (no sería razonable cuando más de doce o quince testigos vayan a estar presentes), para así obtener la máxima eficiencia y evitar que los peritos se puedan remitir a un desarrollo posterior de un tema por otro testigo en su respuesta a una pregunta. Ello tiene sentido, sobre todo (aunque no exclusivamente), en un arbitraje que trate temas de un alto grado técnico (como puede ser una controversia relativa a una construcción), donde el testimonio de los peritos y el de los testigos está fuertemente interrelacionado. La fase del testimonio oral se caracterizaría así por un enfrentamiento simultáneo de equipos. El Dr. Peter relata que, en su experiencia, es mucho más frecuente el acuerdo entre partes una vez finalizado el careo, dado que los puntos fuertes y los puntos débiles de cada parte salen a la luz de forma mucho más clara.

La técnica es muy flexible y puede combinarse con la técnica del contrainterrogatorio por los abogados de parte. No se puede decir que exista una determinada forma de proceder en el careo de testigos sino que existen múltiples posibilidades. Así, por ejemplo, los árbitros pueden permitir a los abogados de parte que contrainterroguen individualmente a los peritos en un primer momento para luego reunir a los peritos con el fin de aclarar sus dudas en un careo en el que se permita a cada perito que corrija la respuesta de su contrincante. También se puede optar por un careo de peritos en el que se lleve a cabo un contrainterrogatorio por cada abogado de parte del perito presentado por el litigante contrario,

brindándose después de cada respuesta la oportunidad de corrección al perito por él presentado; pudiendo luego continuar con una sesión de preguntas del tribunal. Un tercer ejemplo podría consistir en un careo en el que el tribunal tome la iniciativa en la interrogación de los peritos, pudiendo los abogados intervenir durante o al finalizarse las preguntas interpuestas por el tribunal.

El artículo 8.3(f) de la Reglas de la IBA sobre Práctica de la Prueba en el Arbitraje Internacional, recientemente enmendadas (en mayo del 2010), incluye —siendo esto una novedad— el careo de peritos como esquema probatorio. Después de trazar el esquema tradicional del interrogatorio individual y sucesivo de los testigos y peritos (artículo 8.3 (a-e) el artículo 8.3 (f) expone como sigue:

> El Tribunal Arbitral, de oficio o a instancia de una Parte, podrá variar este orden de procedimiento, incluyendo la organización de interrogatorios sobre asuntos específicos o de modo tal que los testigos [nota: incluyéndose a los peritos en este término] sean interrogados en forma simultánea y confrontándose unos con otros (interrogatorio simultáneo o careo de testigos).

El careo de peritos requiere una preparación más extensa por parte de los árbitros, dado que deben poder dirigir la discusión durante el careo hacia los temas con más pertinencia. Para asegurar la preparación de los árbitros, será un requisito que los peritos hayan presentado sus informes periciales. En un careo ideal, los árbitros mantendrán una discusión con los peritos en torno a los temas que consideren de mayor importancia. Sin una preparación adecuada por parte de los árbitros, el careo de testigos puede resultar en una pérdida de tiempo y dinero.

(Autores: Domitille Baizeau, Socia, LALIVE, Ginebra.
Jaime Gallego, Asociado Senior, LALIVE, Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: PETER, W. *Witness Conferencing Revisited*, Arbitration Procedure at the Dawn of the New Millennium, Reports of the International Colloquium of CEPANI, 15 October 2004, Bruylant (2005). PETER, W. *Witness 'Conferencing'*, Arbitration International, vol. 18, Issue 1, pp. 47-58, Kluwer

Law International (2002). Hwuang, M. *2008 Guide to the World's Leading Experts in Commercial Arbitration*, Legal Media Group (2008).

VOCABLOS CONEXOS: Audiencias. Prueba. Prueba pericial.

Careo de testigos (ver Careo de testigos)

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

De conformidad con las disposiciones del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, de 1965, el CIADI proporciona servicios para la conciliación y el arbitraje de diferencias en materia de inversión entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes. El demandante típico suele ser una compañía de actividad transfronteriza y el demandado un país en vías de desarrollo, aunque no siempre (hay también demandas contra los Estados Unidos de América, por ejemplo).

Los árbitros elegidos, que no tienen por qué ser necesariamente los que figuran en las Listas del Banco Mundial, al ser estos últimos elegidos por los Estados, deben cumplir, en todo caso, las cualidades del Convenio de creación del CIADI: gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio.

Los laudos de los tribunales arbitrales establecidos en el marco del CIADI equivalen a sentencias firmes dictadas por el más alto Tribunal de Justicia de los Estados, son de cumplimiento obligatorio, sin apelación y tendrán que ser ejecutados inmediatamente según consta en el convenio de su constitución.

Anecdóticamente, el primer país condenado de la Unión Europea fue España, curiosamente por la reclamación de un ciudadano argentino, cuando posteriormente el país austral fue el que, cuantitativamente, sufrió el mayor número de reclamaciones ante el CIADI, instancia ante la cual el inversor perjudicado pueda ejercitar sus derechos. Es sabido que ante el Tribunal Internacional de Justicia, con sede en La Haya, sólo pueden demandar los Estados, nunca los particulares ni sociedades mercantiles, aparte de la interpretación muy restrictiva del mismo en cuanto a la legitimación y competencia.

(Autor: Domingo Bello Janeiro. Catedrático de la U. de A Coruña).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje Internacional. Arbitraje de Inversiones. Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965. Reglamentos y Reglas del CIADI.

Cláusula arbitral (ver término «Convenio arbitral»)

Cláusula arbitral abusiva

Cláusula arbitral incluida como condición general en un contrato de adhesión celebrado con consumidor contraria a la buena fe y al justo equilibrio de los derechos y obligaciones de las partes derivados del contrato.

El marco legal para la interpretación de la cláusula arbitral abusiva parte de la Directiva n.º 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos concluidos con los consumidores, transpuesta al Ordenamiento Jurídico español por la Ley n.º 7/1998 de 13 de abril de 1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación —en lo que sigue, LCGC—, que remite a la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios, hoy sustituida por el RD n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley

General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios —en lo que sigue, TRLGDCU—, cuando el adherente sea un consumidor.

Las cláusulas abusivas son definidas en el artículo 82 del TRLGDCU como las estipulaciones no negociadas individualmente y las prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. Asimismo, la norma aporta un listado de cláusulas que han de reputarse siempre abusivas; por ejemplo, aquéllas que determinen la falta de reciprocidad en el contrato o impongan al consumidor y usuario garantías desproporcionadas o le impongan indebidamente la carga de la prueba (artículo 82.4, en relación con los artículos 85 a 90 del TRLGDCU). De esta forma, el Ordenamiento Jurídico dota al contenido de la cláusula arbitral de una regulación específica para garantizar el equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, tomando siempre en consideración la posición desventajosa en que suele ubicarse el adherente consumidor. En esta dirección, conforme a la norma, las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas (artículo 87 del TRLGDCU), pudiendo el adherente consumidor impugnar la nulidad de la cláusula en cualquier momento procesal, bien durante la tramitación del procedimiento arbitral, bien en virtud de la acción de anulación del laudo arbitral.

Una de las cuestiones más debatidas en relación con el régimen de impugnación de la cláusula arbitral abusiva es la relativa a la posibilidad de que el Juez encargado de conocer de una acción de anulación pueda controlar de oficio la cláusula arbitral abusiva en aquellos supuestos en que las partes no hayan alegado tal motivo. A este respecto se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que ha resuelto sobre varias cuestiones prejudiciales planteadas por órganos jurisdiccionales españoles en interpretación de la Directiva n.º 93/13/CEE.

La primera de las cuestiones prejudiciales, planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 35 de Barcelona (Asuntos C-240/1998, C 241/1998, C-242/1998, C-243/1998, y C-244/1988, acumulados), fue formulada en los siguientes términos: «¿El ámbito de protección al consumidor de la Directiva n.º 93/13/CEE permite al Juez nacional apreciar de oficio el carácter abusivo de una de las cláusulas al realizar la valoración previa a la admisión a trámite de una demanda ante los Juzgados ordinarios?». El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas resolvió en sentido positivo la cuestión en su Sentencia de 27 de junio de 2000 —Caso Océano Grupo Editorial, S.A. y otros contra Rocío Murciano—, disponiendo, con arreglo a jurisprudencia reiterada (Sentencias de 13 de noviembre de 1990 Marleasing, C-106/89; de 16 de diciembre de 1993 —Wagner Miret, C-334/92—; y de 14 de julio de 1994 —Faccini Dori, C-91/92—), que debe darse preferencia a la interpretación que le permita al Juez negarse de oficio a asumir una competencia que le haya sido atribuida en virtud de una cláusula abusiva. El Tribunal subraya, además, a lo largo de la fundamentación, la situación de inferioridad del consumidor respecto al profesional en lo referido tanto a la capacidad de negociación como al nivel de información, lo que únicamente puede compensarse, a su juicio, mediante una intervención positiva, ajena a las partes del contrato. En el mismo sentido se manifestó la posterior Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 21 de noviembre de 2002 —Caso Cofidis S.A. contra Louis Fredout—, que, al decidir una cuestión prejudicial en interpretación planteada por el *Tribunal d'Instance de Vienne* (Francia), resolvió que la Directiva n.º 93/13/CEE se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíba al Juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato. Más reciente es la Sentencia de 26 de octubre de 2006 —*Caso Elisa María Mostaza Claro contra Centro Móvil Milenium, S.L.*—, que resuelve la cuestión prejudicial planteada por la sección 21 de la Audiencia Provincial de Madrid

mediante auto de 15 de febrero de 2005 en los siguientes términos: «¿Puede la protección de los consumidores de la Directiva n.º 93/13/CEE implicar que el Tribunal que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral aprecie la nulidad del convenio arbitral y anule el laudo por estimar que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva en perjuicio del consumidor, cuando esa cuestión se alega en el recurso de anulación pero no se opuso por el consumidor en el procedimiento arbitral?». La resolución del Tribunal de Justicia, asumiendo la práctica totalidad de los fundamentos de la primera de las sentencias analizadas, declara que el órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación.

Cuestión también ampliamente debatida en torno al control judicial de las cláusulas arbitrales abusivas ha sido la posibilidad de que el Juez encargado de la ejecución forzosa del laudo arbitral firme deniegue su despacho cuando verifique que aquél fue dictado con base en una cláusula de tal naturaleza y el consumidor no ha ejercitado la acción de anulación. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se ha pronunciado sobre esta materia al responder a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 4 de Bilbao en los siguientes términos: «Si la protección a los consumidores de la Directiva n.º 93/13 puede implicar que el Tribunal que conoce de una demanda de ejecución forzosa de un laudo arbitral firme, dictado sin la comparecencia del consumidor, aprecie de oficio la nulidad del convenio arbitral y, en consecuencia, anule el laudo por estimar que dicho convenio contiene una cláusula arbitral abusiva en perjuicio del consumidor». La sentencia del Tribunal de Justicia, tomando en consideración su jurisprudencia previa y con fundamento en los principios comunitarios de efectividad y equivalencia, resuelve que el 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, está obligado, tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, a apreciar de oficio el carácter abusivo de la cláusula arbitral contenida en el contrato celebrado entre un profesional y dicho consumidor, en la medida en que, con arreglo a las normas procesales nacionales, pueda efectuar dicha apreciación en el marco de procedimientos similares de carácter interno (*Cfr.*, por todos, a favor del control judicial de la cláusula arbitral abusiva en sede de ejecución, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de marzo de 2010. En contra, *cfr.* el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 26 de junio de 2010).

Con el objetivo de restringir en el mayor grado posible la introducción de cláusulas arbitrales abusivas en la contratación con consumidores y, con ello, en consecuencia, la aparición de las cuestiones problemáticas a las que se ha hecho referencia, la Ley n.º 44/2006 de 29 de diciembre de 2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios y el Real Decreto Legislativo n.º 1/2007 de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, han reubicado temporalmente el pacto de sumisión arbitral al momento de surgimiento de la controversia cuando se trate de arbitrajes diferentes del sistema arbitral de consumo o institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico.

La primera de las normas señaladas, que fue aprobada para dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 9 de septiembre de 2003 —asunto C-70/2003— que declaró el incumplimiento de España de la Directiva n.º 93/13/CEE por errónea adaptación de los artículos 5 y 6 en materia de interpretación favorable a los consumidores, suprime el artículo 10.4 de la anterior Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios relativo a exigencias adicionales de claridad y explicitud, e introduce un nuevo apartado en el artículo 31 de la misma Ley, según el cual los convenios arbitrales

con consumidores distintos del arbitraje de consumo sólo pueden pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. Según su Exposición de Motivos, el fin de la reforma es que el consumidor pueda evaluar correctamente el alcance de una decisión que, en la mayoría de los casos, se ve obligado a adoptar, elevándose la protección del usuario ante formas arbitrales no siempre lícitas y garantizándose la no renuncia previa a los derechos reconocidos legalmente, siendo nula la contravención de esta reubicación temporal del pacto de sometimiento. En el mismo sentido, el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado conforme a la DF 5.ª de la Ley n.º 44/2006, permite que las partes sometan a arbitraje privado sus controversias manteniendo, como única protección del consumidor, que en tales supuestos el pacto sólo pueda otorgarse una vez surgido el conflicto.

(Autora: Mª Victoria Sánchez Pos. Profesora de Derecho Procesal/U. de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Ormazabal Sánchez, G. *La ejecución de los laudos arbitrales*, Barcelona: Bosch, 1996. Picó I Junoy, J. «El abuso del arbitraje por parte de ciertas instituciones arbitrales». *La Ley*, 2005, n.º 6198. Merino Merchán, J.F. «Cuestión de prejudicialidad ante el TJCE, por entender que una cláusula arbitral es abusiva para el consumidor». http://www.injef.com/php/index.php?option=content&task=view&id=962&Itemid=35. Azparren Lucas, A. «Intervención judicial en el arbitraje. La apreciación de oficio de las cláusulas abusivas y de la nulidad del convenio arbitral», *La Ley*, 2007, n.º 6789. Sánchez Pos, M.ª V. *El control judicial en la ejecución del laudo arbitral*. Pamplona: Aranzadi, 2009; Busto Lago, J.M. «El control judicial del laudo arbitral de consumo en el proceso de ejecución». *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 7/2010.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de consumidores y usurarios. Cláusula arbitral adhesiva.

Cláusula arbitral adhesiva

Constituyen los de adhesión aquellos contratos celebrados en el ámbito de la contratación mercantil en masa cuyo contenido se presenta redactado previamente por una sola de las partes, de tal forma que la voluntad contractual de la otra queda limitada a aceptar o rechazar el contrato. Estos contratos están conformados por las denominadas condiciones generales, que son pactos o cláusulas no negociadas y redactadas por el empresario con el fin de regular sus relaciones con un gran número de contratantes, favoreciendo así la celeridad y la perfección de los contratos.

Una de estas condiciones pre-redactadas por el empresario e impuestas al contratante puede ser una cláusula arbitral, pacto inserto en el contrato de adhesión en virtud del cual las partes acuerdan someter a arbitraje las controversias que puedan surgir en el marco de dicho negocio.

La falta de negociación de las condiciones generales insertas en los contratos de adhesión implica una cierta limitación de la autonomía de la voluntad de la parte contratante a la que se imponen. Con el fin de que tal limitación no se traduzca en una efectiva y perjudicial desigualdad de posiciones entre las partes contratantes, en mayor medida acusada cuando quien contrata los bienes y servicios ofrecidos por el empresario es un usuario o consumidor, los ordenamientos jurídicos europeos han ido creando un marco normativo específico de control de las condiciones generales de los contratos a partir de la Directiva n.º 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas L 95 de 21.4.1993, p. 95).

En España, este conjunto de textos legales está integrado, esencialmente, por la Ley n.º 7/1998 de 13 de abril de 1998, de Condiciones Generales de la Contratación —en adelante, LCGC—, aplicable a las cláusulas arbitrales que formen parte de contratos sujetos a la legislación española o sometidos a legislación extranjera cuando el adherente haya

emitido su declaración negocial en territorio español y tenga en éste su residencia habitual, sin perjuicio de lo establecido en los tratados o convenios internacionales, y por el Real Decreto Legislativo n.º 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. A estas normas remite la Ley de Arbitraje de 2003 la validez e interpretación de la cláusula arbitral al prever expresamente en su artículo 9.2 la posibilidad de que el convenio arbitral esté incluido en un contrato de adhesión.

La cláusula arbitral inserta en un contrato como condición general queda sometida a un régimen particular de inclusión, de interpretación y de exclusión. Siguiendo la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la cláusula arbitral se entenderá inserta en el contrato de adhesión cuando el adherente acepte su incorporación al mismo y el contrato, además de hacer expresa referencia a la cláusula, sea firmado por todos los contratantes. La cláusula arbitral deberá además haber sido redactada según criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, y aceptada por el adherente, debiéndose informar expresamente a éste acerca de su existencia, así como hacerle entrega de un ejemplar de las condiciones generales. Las posibles dudas en la interpretación de la cláusula arbitral adhesiva se resolverán a favor del adherente. La Ley prevé, asimismo, un régimen específico de no incorporación y de nulidad para los casos de incumplimiento de estos requisitos; conforme a la norma, no quedará incorporada al contrato la cláusula arbitral que el adherente no haya tenido oportunidad real de conocer de manera completa al tiempo de la celebración del contrato o que no haya sido firmada, en su caso. Será además nula de pleno derecho la cláusula arbitral que contradiga, en perjuicio del adherente, lo dispuesto en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación o en cualquier otra norma imperativa o prohibitiva, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención (artículos 5 a 8 de la LCGC).

Este régimen particular de protección del adherente se refuerza en los casos en que la cláusula arbitral adhesiva se incluye en contratos celebrados electrónica o telefónicamente debido, esencialmente, a la velocidad del tráfico jurídico y a la ausencia física de los contratantes que caracterizan este ámbito de la contratación. En estos supuestos, siguiendo la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, la aceptación de la cláusula arbitral deberá constar en los términos reglamentarios establecidos, sin necesidad de firma convencional, debiendo además enviarse inmediatamente al adherente la justificación escrita de la contratación efectuada. Por otro lado, la Ley n.º 34/2002 de 11 de julio de 2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico exige además al prestador de servicios la puesta a disposición del destinatario de las condiciones generales a que deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por aquél, así como el envío de acuse de recibo de la aceptación o su confirmación.

En aquellos supuestos en que la contratación a través de condiciones generales tiene como destinatarios a consumidores y usuarios, han de observarse las previsiones contenidas en la Ley n.º 44/2006, de 29 de diciembre de 2006, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios. Esta norma, que fue aprobada para dar cumplimiento a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 9 de septiembre de 2003 —asunto C-70/2003— que declaró el incumplimiento de España de la Directiva n.º 93/13/CEE por errónea adaptación de los artículos 5 y 6 en materia de interpretación favorable a los consumidores, suprime el artículo 10.4 de la anterior Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios relativo a exigencias adicionales de claridad y explicitud, e introduce un nuevo apartado en el artículo 31 de la misma Ley, según el cual los convenios arbitrales con consumidores distintos del arbitraje de consumo sólo pueden pactarse una vez surgido el conflicto material o controversia entre las partes del contrato, salvo que se trate de la sumisión a órganos de arbitraje institucionales creados por normas legales o reglamentarias para un sector o un supuesto específico. En el mismo sentido, el Texto Refundido

de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aprobado conforme a la DF 5.ª de la Ley n.º 44/2006, permite que las partes sometan a arbitraje privado sus controversias manteniendo, como única protección del consumidor, que en tales supuestos el pacto sólo pueda otorgarse una vez surgido el conflicto (*vid*. vocablo cláusula arbitral abusiva).

(Autora: M.ª Victoria Sánchez Pos. Profesora de Derecho Procesal/U. de Navarra).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de consumidores y usuarios. Cláusula arbitral abusiva. Convenio arbitral. Convenio de Nueva York.

Cláusula de fuerza mayor

Las cláusula de fuerza mayor se configuran como una excepción al principio *pacta sunt servanda* y en su virtud se excusa a una parte del contrato de cualquier tipo de responsabilidad cuando el cumplimiento del mismo le es impedido por algún evento imprevisible fuera de su control (fuerza mayor, *force majeure* o *acts of God*).

Los elementos legales para la cualificación de un evento como fuerza mayor, más comúnmente denominada, en el ámbito del comercio internacional, con el término francés *force majeure*, son esencialmente los mismos en la mayoría de legislaciones.

Para que un supuesto constituya fuerza mayor debemos encontrarnos ante un evento imprevisto e imprevisible para las partes, inevitable, fuera del control de las mismas y que determina que la ejecución de un contrato deviene temporal o definitivamente imposible. La fuerza mayor representa un obstáculo invencible por las partes para el desarrollo y ejecución del contrato y excede totalmente las normas de previsibilidad.

En muchos ordenamientos jurídicos, fundamentalmente en el mundo del *Civil Law*, se ha distinguido tradicionalmente entre el «caso fortuito» y la «fuerza mayor».

El caso fortuito es, desde un punto de vista jurídico, aquel suceso que procede de un accidente natural o cuyos efectos recaen sobre el objeto del contrato y no sobre la parte obligada a su cumplimiento. Son hechos ajenos a la voluntad humana como pueden ser las inundaciones, terremotos, ciclones, etc. Lo que en el derecho anglosajón (*common law*) denominan *acts of God*.

La «fuerza mayor», por su parte, engloba aquellos supuestos que implican la interferencia de un tercero que no es imputable al deudor, como una disposición del poder público, robo, una guerra, etc. La fuerza mayor representa un obstáculo invencible para el desarrollo y ejecución del contrato y excede totalmente las normas de previsibilidad.

Sin embargo, en la práctica internacional, la *force majeure* incluye también los supuestos de caso fortuito y la mayoría de las formulas utilizadas como cláusulas de fuerza mayor, en las que se listan a modo de ejemplo los supuestos que constituyen *force majeure*, incluyen todos los supuestos arriba indicados, con independencia de si son actos de la naturaleza o de un tercero. Así lo evidencian por ejemplo el artículo VI.3 de los *TLDB Principles* y la cláusula modelo de *force majeure* propuesta por la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) en cuyo apartado (3) establece que constituyen supuestos que permiten invocar la fuerza mayor, lo siguientes impedimentos:

> (3) Salvo prueba en contrario y a menos que las partes acuerden de manera expresa o tácita otra cosa en el contrato, se entenderá que la parte que invoque esta Cláusula ha demostrado la existencia de las circunstancias descritas en sus apartados 1[a] y [b] en caso de ocurrir uno o más de los siguientes impedimentos:

(a) guerra (declarada o no), conflicto armado o amenaza grave de que se produzca (incluso, a título enunciativo y no limitativo, ataque hostil, bloqueo, embargo militar), hostilidades, invasión, acto de enemigo extranjero, movilización militar de gran alcance;

(b) guerra civil, tumulto, rebelión, revolución, golpe de estado, insurrección, perturbación del orden público o disturbios, violencia colectiva, actos de desobediencia civil;

(c) acto terrorista, sabotaje o piratería

(d) acto de autoridad, sea legítimo o ilegítimo, cumplimiento de leyes, órdenes administrativas, normas, reglamentos o instrucciones, toque de queda, expropiación, adquisición forzosa, embargo de obras, requisa, nacionalización;

(e) casos fortuitos, epidemias, catástrofes naturales como, a título enunciativo y no limitativo, tormentas, ciclones, tifones, huracanes, tornados, ventiscas, terremotos, erupciones volcánicas, corrimientos de tierras, maremotos, tsunamis, inundaciones, daños o destrucción por rayos, sequías;

(f) explosión, incendio, destrucción de maquinaria, equipo, planta y de cualquier tipo de instalación, avería prolongada de medios de transporte, telecomunicaciones o corriente eléctrica;

(g) conflicto laboral general, como, entre otros, boicot, huelga y cierre patronal, huelga de celo, ocupación de fábricas e instalaciones.

La fuerza mayor o *force majeure* es un concepto de *Civil Law* que no tiene un verdadero significado en el *Common Law*. Sin embargo, las cláusulas de fuerza mayor son utilizadas en los contratos internacionales, con independencia de la formación jurídica de las partes negociadoras, porque el único concepto similar existente en el *Common Law*, la *Doctrine of Frustration*, tiene una muy limitada aplicación.

Las cláusulas de fuerza mayor permiten eximir de responsabilidad en el cumplimiento del mismo a la parte que alegue y pruebe que la imposibilidad de cumplir se debió a un acontecimiento fuera de su control,

provocando, por tanto, la terminación del contrato o la suspensión del mismo mientras dure la fuerza mayor.

Aunque pueden parecer similares a las «*cláusulas hardship*», ambas cláusulas son aplicables en distintos supuestos y producen distintos efectos en el contrato. Mientras que las cláusulas de fuerza mayor están pensadas para aquellos supuestos en los que el cumplimiento del contrato ha devenido imposible, temporal o definitivamente, las *cláusulas hardship*, por su parte, son aplicables a aquellos supuestos que provocan una desestabilización o desequilibrio en el contrato provocando que su cumplimiento, aunque no imposible, devenga excesivamente gravoso para la parte a la que afecta tal circunstancia. Además, mientras que las cláusulas de fuerza mayor provocan la terminación del contrato o su suspensión, las *cláusulas hardship* buscan, en principio, la renegociación del contrato adaptándolo de tal manera que se le devuelva al mismo el equilibrio de las prestaciones perdido. Sólo excepcionalmente, cuando se incumple el deber de buena fe de renegociar los contratos al que dichas cláusulas obligan, las mismas habilitan para la resolución del contrato.

Ahora bien, sentado lo anterior, no puede, sin embargo, obviarse que en la práctica del comercio internacional, la diferencia entre las «cláusulas de fuerza mayor» y las *cláusulas hardship* está cada vez más desdibujada.

Al respecto, un análisis de los ejemplos o modelos de cláusulas de fuerza mayor utilizadas en contratos internacionales, permite extraer las siguientes conclusiones:

(i) Que los requisitos para entender que nos encontramos ante un evento constitutivo de fuerza mayor son menos estrictos que el concepto tradicional de fuerza mayor o *force majeure*;

(ii) Que en muchos de los casos se opta por la suspensión y no la terminación del contrato;

(iii) Que dichas cláusulas contemplan una serie de obligaciones de notificar y probar la fuerza mayor; y

(iv) Que contemplan una obligación de realizar los mejores esfuerzos para tratar de superar la situación de fuerza mayor proponiendo la renegociación del contrato cuando sea posible.

Finalmente, desde un punto de vista práctico, debe señalarse que el análisis de la jurisprudencia arbitral en la materia (escasa, debido a la confidencialidad de los laudos, y prácticamente restringido a casos administrados por la CCI que se conocen por la «colección de laudos» que la misma publica periódicamente) demuestra que los árbitros internacionales interpretan la fuerza mayor de forma restrictiva. La conclusión es que los árbitros, a la hora de determinar si procede o no la admisión de la existencia de un supuesto de fuerza mayor, aplican los mismos criterios restrictivos que los jueces nacionales.

(Autora: Margarita Soto Moya. Garrigues, Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Puelinck, A. «Frustration, Hardship, *Force Majeure*, Imprévision, Wegfall der Geschäftsgrundlage; Unmöglichkeit, Changed Circumstances: A comparative study in English, French, German and Japanese Law». *Journal of International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1986, vol. 3, Issue 2. Bruner C. *Principles on force Majeure in the CISG, UPICC, PECL, the TLDB Principles and ICC Force Majeure Clause 2003: Force Majeure and Hardship under General Contracta Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration.* Londres: Kluwer Law International, 2008*;* Wolfgang, P. *Arbitration and Renegotiation of International Investment*. Londres: Kluwer Law International, 1995. Melis, W. «Force Majeure and Hardship Clauses in International Commercial Contracts in View of the Practice of the ICC Court of Arbitration». *Journal of International Arbitration*. Londres: Kluwer Law International, 1984.

VOCABLOS CONEXOS: *Pacta sunt Servanda*. *Rebus Sic Stantibus*. Cláusula *Hardship*. Buena Fe. Derecho aplicable al fondo. Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI).

Cláusula de la nación más favorecida (NMF)

De conformidad con la Comisión de Derecho Internacional, por cláusula de la NMF se entiende la «disposición de un tratado en virtud de la cual un Estado contrae, respecto de otro Estado, la obligación de otorgar el trato de la nación más favorecida en una esfera convenida de relaciones» (artículo 4 del Proyecto de artículos sobre la cláusula de la NMF, *Anuario de la Comisión de Derecho Internacional,* 1978, vol. II, Segunda Parte, Naciones Unidas, Nueva York, 1979, p. 19). Asimismo, según la *Encyclopedia of Public International Law*, la referida cláusula se define como *«a treaty provision under which a State (the granting State) undertakes the obligation towards another State (the beneficiary State) to accord to it or to persons or things in a determinated relationship with it most-favoured-nation treatment in an agreed sphere of relations»* (USTOR, E., p. 468).

En definitiva, la cláusula de la NMF consiste en el precepto contenido en un tratado, que se ha convenido en denominar básico, en virtud del cual el Estado beneficiario de la misma (o las personas o cosas que se hallan en determinada relación con este Estado (*Anuario de la Comisión de Derecho Internacional,* p. 23 y pp. 31-33)) tiene el derecho de solicitar del Estado concedente el trato que este último Estado dispense a un tercer Estado, y que resulte más favorable. Como muestra, imagínese un tratado celebrado entre el Estado A y el Estado B, en el que ambos Estados han incluido una cláusula de la NMF. En tal hipótesis, el beneficiario de la referida cláusula (Estado beneficiario), esto es, el Estado A o B o ambos (en función de cuál haya sido la intención de las partes, cristalizada en la cláusula) está facultado para reclamar del otro Estado (Estado concedente) el trato de la nación más favorecida. Es decir, el trato que el Estado concedente dispense a un tercer Estado y que sea más favorable respecto al que se haya comprometido en el tratado básico con el Estado beneficiario.

La aplicación de la cláusula de la NMF está condicionada por la regla *eiusdem generis* que da derecho a un cierto trato en la esfera de relaciones

pactadas, pero no en las demás (Forner Delaygua, J.J., p. 38; Triggiani, E., pp. 72-73). Ello significa que el beneficiario del trato de la NMF no puede invocar otros derechos que los únicamente cubiertos por la cláusula de la NMF, recogida en el tratado básico. En otras palabras, el derecho al trato de la NMF, del Estado beneficiario, se configura en función de la esfera de aplicación material de la cláusula de la NMF. En este sentido, la propia cláusula puede delimitar su aplicación a la totalidad de la materia regulada por el tratado básico en el que se inserta, o por el contrario puede limitar su aplicación a unas materias concretas.

Si bien los orígenes de la cláusula de la NMF se sitúan en la Edad Media (Ustor, E., p. 469), su pródiga difusión aconteció merced a la celebración de los tratados bilaterales de amistad y comercio concluidos por Estados Unidos a finales del siglo XVIII, cuya continuidad se extendió hasta principios del siglo XX. De ahí que el contexto natural de la cláusula de la NMF haya sido el del comercio internacional. Como modelo, el artículo I.1 del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), de 1947, cuyo título reza «Trato general de la nación más favorecida», prevé que: «1. Con respecto a los derechos de aduana y cargas de cualquier clase impuestos a las importaciones o a las exportaciones, o en relación con ellas, o que graven las transferencias internacionales de fondos efectuadas en concepto de pago de importaciones o exportaciones, con respecto a los métodos de exacción de tales derechos y cargas, con respecto a todos los reglamentos y formalidades relativos a las importaciones y exportaciones, y con respecto a todas las cuestiones a que se refieren los párrafos 2 y 4 del artículo III, cualquier ventaja, favor, privilegio o inmunidad concedido por una parte contratante a un producto originario de otro país o destinado a él, será concedido inmediata e incondicionalmente a todo producto similar originario de los territorios de todas las demás partes contratantes o a ellos destinado».

Otros acuerdos multilaterales han acogido, en mayor o menor medida, la cláusula de la NMF como así puede apreciarse, por ejemplo, en los

artículos 308, 904 y 1103 del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), de 1992, y los artículos 10.4 y 11.3 del Tratado de Libre Comercio para la República Dominicana y Centro América (CAFTA-DR), de 2004.

Ahora bien, la cláusula de la NMF está afianzándose especialmente en el sector de las inversiones extranjeras, en el que se ha convertido en una cláusula casi imprescindible de los aproximadamente 2500 Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) vigentes, además de hallarse incorporada también en los tratados multilaterales recién enunciados. En este contexto, merced a la cláusula de la NMF, las inversiones regidas por el tratado básico van a poder beneficiarse del trato más favorable que pueda dispensarles un tercer tratado.

El artículo 4 del TBI modelo de Francia, de 2004, ofrece una muestra de cláusula de tratamiento de la NMF:

> Each Contracting Party shall apply on its territory and in its maritime area to the nationals and companies of the other Party, with respect to their investments and activities related to the investments, a treatment not less favorable than that granted to its nationals or companies, or the treatment granted to the nationals or companies of the most favored nation, if the latter is more favorable. In this respect, nationals authorized to work on the territory and in the maritime area of one Contracting Party shall enjoy the material facilities relevant to the exercise of their professional activities.
>
> This treatment shall not include the privileges granted by one Contracting Party to nationals or companies of a third party State by virtue of its participation or association in a free trade zone, customs union, common market or any other form of regional economic organization.
>
> The provisions of this article do not apply to tax matters.

Asimismo, la proyección de la referida cláusula está alcanzando a otros sectores materiales como, por ejemplo, a las relaciones diplomáticas y consulares. Incluso, más recientemente, a raíz de la Decisión del Tri-

bunal sobre excepciones de jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencia en materia de Inversiones (CIADI), *Emilio Agustín Maffezini vs. Reino de España,* de 25 de enero de 2000 (Caso n.º ARB/97/7), se planteó la conveniencia de extender la aplicación de la citada cláusula a cuestiones procesales. No obstante, las decisiones de los diversos tribunales arbitrales administrados por el CIADI, que han tenido que afrontar tal cuestión, no han mostrado una postura unánime al respecto.

En suma, la cláusula de la NMF se presenta como una de las diversas manifestaciones del principio de no discriminación, en la medida en que persigue conferir un trato igualitario a sus beneficiarios, en línea con el que las partes contratantes dispensan a terceros. No obstante, el referido trato no resulta en modo alguno absoluto, dado que la citada cláusula suele acompañarse de una serie de excepciones que, por consiguiente, quedan al margen del tratamiento de la nación más favorecida. Por regla general, las citadas excepciones obedecen a las siguientes razones: por la pertenencia de los Estados contratantes a una unión aduanera, zona de libre cambio, unión monetaria o económica o a cualquier otro proceso de integración económica; por tratarse de cuestiones tributarias y para evitar la doble imposición y, por último, por motivos de orden público, salud y seguridad pública.

En este sentido, el artículo 351.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea nos brinda otra muestra de disposición en virtud de la cual se prohíbe a los Estados miembros de la Unión Europea el recurso a la cláusula de la NMF, para evitar que extiendan a terceros Estados los derechos y prerrogativas que el régimen europeo les confiere: «En la aplicación de los convenios mencionados en el párrafo primero, los Estados miembros tendrán en cuenta el hecho de que las ventajas concedidas en el presente Tratado por cada uno de los Estados miembros son parte integrante del establecimiento de la Comunidad y están, por ello, inseparablemente ligadas a la creación de instituciones comunes, a

la atribución de competencias a favor de estas últimas y a la concesión de las mismas ventajas por parte de los demás Estados».

(Autora: Georgina Garriga Suau. Profesora Lectora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Acconci, Pia. «Most-Favoured-Nation Treatment». En Muchlinski, P., F. Ortino, Ch. Schreuer (Ed.). *The Oxford Handbook of International Investment Law.* Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 363-406. Dolzer, Rudolf, Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law.* Oxford: Oxford University Press, 2008. Fernández Masiá, Enrique. «Atribución de competencia a través de la cláusula de la nación más favorecida: lecciones extraídas de la reciente práctica arbitral internacional en materia de inversiones extranjeras». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 2007, vol. 13. Forner Delaygua, J.J. *La cláusula de la nación más favorecida: la excepción de las uniones aduaneras, de las zonas de libre cambio y de las uniones económicas*. Madrid: Editorial Civitas, 1997. García Rodríguez, Isabel. *La protección de las inversiones exteriores.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2005. Garriga Suau, Georgina. «El ámbito de aplicación de las cláusulas de la nación más favorecida de los tratados bilaterales de inversión sometidos a la interpretación del CIADI». Aldecoa Luzárraga, F. y F. Sobrino Heredia (Ed.). *Migraciones y Desarrollo. II Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales. Montevideo, 25, 26 y 27 de octubre de 2006*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp. 567-579. Hamida, Walid Ben. «Clause de la nation la plus favorisée et mécanismes de règlement des différends: que dit l'histoire?». *Journal du Droit International. Clunet,* 2007, n.º 4, pp. 1127-1162. Sauvignon, Edouard. *La clause de la nation la plus favorisée,* 1972. Triggiani, E. *Il trattamento della nazione più favorita.* Napoli Jovene, 1984. UNCTAD, *Most-Favoured-Nation Treatment,* UNCTAD Series on issues in international investment agreements, 1999. Ustor, Endre. «Most-Favoured-Nation Clause». *Encyclopedia of Public International Law.* North-Holland, 1997, vol. 3, pp. 468-473.

VOCABLOS CONEXOS: APPRIs, CIADI.

Cláusula de opción irrevocable

Es una cláusula contenida en cierto número de APPRIs, que obliga a que la decisión del inversor de someter una controversia a los tribunales del

Estado receptor de la inversión o su decisión, alternativamente, de someter la controversia a un tribunal de arbitraje, sea definitiva (McLachlan). Ejemplos de APPRIs que contienen esta cláusula son el APPRI modelo de Chile, el APPRI Francia-Argentina, que fue objeto de discusión en el *Caso Vivendi*, y el APPRI USA-Argentina, que fue objeto de discusión en el *Caso CMS Gas Transmisión Co. vs. Argentina.* La *Energy Charter Treaty* (ECT) también contiene una lista de 22 países que rehúsan dar su consentimiento para acudir al arbitraje en caso de que el inversor haya acudido previamente a los tribunales ordinarios o a cualquier método de resolución de controversias previsto contractualmente. La *fork in the road clause* no se debe confundir con otro tipo de cláusulas (por ejemplo, en el artículo 26.2 del APPRI modelo de USA o en el artículo 1121(1)(b) del TLCAN) que impiden al inversor llevar la controversia ante tribunales ordinarios, una vez que dicha controversia haya comenzado ante un tribunal arbitral.

Hasta ahora, los tribunales arbitrales, en los casos de los que se tiene conocimiento, nunca se han visto privados de competencia por razón de la existencia de esta cláusula en el APPRI conforme al que se demandaba, ya que siempre han interpretado que no había identidad de partes entre el procedimiento judicial y el arbitral o que el objeto de la demanda presentada ante ellos era fundamentalmente diferente del objeto de otras demandas presentadas ante tribunales ordinarios u otros tribunales arbitrales previstos contractualmente.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Campbell, M. *et al. International Investment Arbitration. Substantive principles*. Oxford: Oxford University Press, 2008. Douglas, Z. *The International Law of Investment Claims.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRIs). Arbitraje de inversiones. Tratado de la Carta de la Energía (*Energy Charter Treaty*).

Cláusula mariposa

Cláusula que se introduce en contratos para la cesión del uso de nuevas tecnologías (especialmente «*software*»), en defensa de la propiedad intelectual de su creador, que limitan sus aplicaciones a aquellas actividades que no son vetadas por el cedente (usos militares, o contrarios a los derechos humanos, por ejemplo) y que establecen el arbitraje como medio de solución de las disputas relacionadas con ese contrato. El nombre viene del supuesto efecto en cadena de una mariposa batiendo las alas en un rincón del mundo, provocando una catástrofe en el otro extremo del planeta. Que el cesionario de la tecnología sea un Estado no altera su naturaleza.

(Autor: Jordi Sallarés. Profesor de Derecho Internacional de la U. de Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral.

Cláusula *multi-tier* o cláusulas escalonadas

Una cláusula *multi-tier* o cláusula escalonada es aquélla que prevé más de un mecanismo de resolución de las disputas que puedan surgir de una relación contractual, combinando fórmulas autocompositivas con fórmulas heterocompositivas.

La forma más típica de estas cláusulas conjuga una pluralidad de métodos ADR, escalonándolos de forma tal que las partes no pueden acudir a un método sin haber agotado previamente el anterior. Así, es cada vez más común encontrar cláusulas que prevén una etapa de mediación o negociación obligatoria con anterioridad a acudir a un arbitraje, especialmente en contratos de larga duración tales como los contratos de grandes obras de ingeniería, contratos llave en mano o contratos relativos a energía, gas y petróleo, en los que resulta necesario resolver

de forma muy rápida unas determinadas desavenencias a fin de no comprometer la totalidad del contrato, y en los que el mantenimiento de unas buenas relaciones comerciales entre las partes resulta especialmente relevante para el negocio de ambas.

Si se opta por pactar este tipo de cláusulas es deseable, y así lo recomiendan las Directrices sobre Redacción de Cláusulas Arbitrales Internacionales publicadas por la IBA, que se diferencien claramente los distintos métodos de resolución de conflictos, indicando con precisión en qué consiste cada método y la forma en que se pasa de un método al otro, por ejemplo especificando un plazo en el cual se considerará cumplida la etapa de negociación y quedará expedita la vía arbitral. La ausencia de un plazo de duración de la etapa de negociación o mediación puede convertir a la cláusula en patológica, y atrapar a las partes en una fase de arreglo de controversias amistosa, frustrando o dilatando considerablemente su acceso a la vía arbitral. De forma similar, resulta recomendable precisar en la cláusula si el sistema de encadenamientos de métodos afecta a todas las disputas o sólo a algunas cuestiones contractuales concretas.

(Autora: Elena Gutiérrez García de Cortazar. Letrada de la Corte de Arbitraje de Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral.

Cláusula paraguas

Reciben este nombre un tipo de cláusulas contenidas en aproximadamente un cuarenta por ciento de los APPRIs existentes, mediante las cuales el Estado parte en el APPRI se compromete, con diferentes formulaciones y en distinto grado, a cumplir cualesquiera obligaciones que haya contraído con el inversor. Algunos autores (Alexandrov) y laudos arbitrales sostienen que el efecto de estas cláusulas es transformar el in-

cumplimiento de obligaciones que el Estado ha asumido con respecto al inversor extranjero, incluyendo obligaciones contractuales, en incumplimientos del propio APPRI. También se podría decir que las cláusulas paraguas son en realidad cláusulas de estabilización, en la medida en que el Estado asume una obligación internacional de respetar su obligación de no modificar el entorno normativo en el que se ha hecho la inversión (Dolzer).

Una característica común a la mayoría de cláusulas paraguas es el uso de términos imperativos, que indican la obligación del Estado de cumplir con las obligaciones que haya contraído con el inversor. Sin embargo, las expresiones empleadas en algunos APPRIs son menos taxativas y más ambiguas. Otra característica común es que se refieren a obligaciones contraídas por el Estado y no por o entre individuos o entidades privadas.

El lugar en que está situada la cláusula paraguas puede variar de un APPRI a otro, lo que ha sido tenido en cuenta por los tribunales arbitrales a la hora de determinar el alcance de la cláusula. El tribunal que decidió el caso *SGS vs. Pakistán* entendió que la situación de la cláusula, casi al final del APPRI Suiza-Pakistán, indicaba que la intención de las Partes del APPRI no era obligarse del mismo modo que con el resto de obligaciones de protección de la inversión (obligación de trato justo y equitativo, etc).

En cuanto al alcance y efectos de la cláusula, los APPRIs presentan algunas diferencias según empleen, por ejemplo, las expresiones *commitments*, *any obligation* o *any other obligations* (compromisos, cualquier obligación o cualquier otra obligación). Así como algunas cláusulas se refieren a obligaciones «*entered into*» (contraídas) por un Estado (artículo 2, APPRI modelo de Reino Unido), otras se refieren a obligaciones «*assumed*» (asumidas) por un Estado (artículo 10 del APPRI Reino Unido-Líbano, de 1999). El tribunal del caso *SGS vs. Pakistán* comentó que la expresión «*entered into*» era lo suficientemente amplia como para incluir también obligaciones unilaterales del Estado, como las contenidas en sus propias normas internas o medidas administrativas.

Algunos APPRIs identifican con más precisión los tipos de obligaciones cubiertos por la cláusula. Los APPRIs suscritos por Australia con algunos países se refieren a «*written obligations*» (obligaciones por escrito). El APPRI Austria-Chile de 1991 se refiere a «*contractual obligations*» (obligaciones contractuales). La mayoría de los APPRIs concluidos por México restringen el alcance de la cláusula al disponer que «*disputes arising from such obligations shall be settled under the terms of the contract underlying the obligation*» (las controversias que surjan de tales obligaciones se dirimirán conforme a los términos del contrato del que nazca la obligación).

Asimismo, el modo más o menos específico con que se haga referencia a las inversiones cubiertas puede restringir o ampliar el alcance de la cláusula paraguas. En muchos APPRIs del Reino Unido se dice: «*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or Companies of the other Contracting Party*» (cada Parte Contratante cumplirá cualquier obligación que haya contraído con relación a inversiones de nacionales o compañías de la otra Parte Contratante). Por contraste, el APPRI modelo de Austria dispone que «*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to specific investments by investors of the other Contracting Party*» (cada Parte Contratante cumplirá cualquier obligación que haya contraído con relación a inversiones específicas de inversores de la otra Parte Contratante).

La práctica arbitral ha seguido dos tendencias, en cuanto a la interpretación y aplicación de las cláusulas paraguas: una más restrictiva y otra más expansiva.

Los dos arbitrajes que han suscitado más controversia acerca del alcance de las cláusulas paraguas son *SGS vs. Pakistán* y *SGS vs. Philippines*. En el primero, el contrato contenía una cláusula arbitral para arbitrar la controversia en Pakistán, conforme a la ley pakistaní de arbitraje. El Tribunal entendió que la cláusula paraguas incluida en el APPRI no

«elevaba» las reclamaciones que sólo estuvieran basadas en un incumplimiento de contrato a la categoría de reclamaciones por incumplimiento de tratado y que la cláusula de sometimiento a arbitraje contenida en el APPRI tampoco abarcaba las reclamaciones basadas en un contrato, por lo que no tenía competencia. El Tribunal entendió que las consecuencias de considerar que la cláusula elevaba los incumplimientos contractuales a la categoría de incumplimientos de tratado eran tan grandes que el demandante debía haber presentado pruebas concluyentes de que tal había sido la intención de los Estados parte en el APPRI. El Tribunal también se apoyó en el requisito tradicional de que los arbitrajes basados en tratados internacionales deben referirse a actuaciones soberanas de los Estados, no a actuaciones meramente comerciales. Asimismo, el lugar del Tratado en que la cláusula paraguas estaba situado —no incluida en el grupo de obligaciones «principales» del Estado respecto a la inversión— mostraba, para el Tribunal, que la obligación creada por la cláusula paraguas no tenía la misma entidad que el resto de obligaciones estatales.

La interpretación restringida de SGS vs. Pakistán ha sido seguida por otros tribunales: *El Paso Energy vs. Argentina*, *Joy Mining Machinery vs. Egipto*, *Salini Construttori SPA and Italstrade vs. Jordania*, *Pan American Energy LLC y BP Argentina Exploration Company vs. Argentina*, *CMS Gas Transmission Company vs. Argentina*.

Por otro lado, también existen interpretaciones amplias del alcance de la cláusula paraguas. En *SGS vs. Philippines* el Tribunal rechazó los planteamientos del tribunal del *Caso SGS vs. Pakistan* y explicó que, en la cláusula paraguas, la expresión «cualquier obligación» podía aplicarse a obligaciones surgidas del Derecho interno, como son las obligaciones contractuales. El Tribunal entendió que el APPRI debía ser interpretado de acuerdo con su finalidad. Dado que dicha finalidad era la promoción y protección de inversiones, las dudas que pudieran surgir en la interpretación de la cláusula paraguas debían interpretarse a favor de la protección de las inversiones.

El Tribunal criticó la decisión del *Caso SGS vs. Pakistán*, porque privaba a la cláusula de cualquier significado y porque consideró que el lugar que ocupaba la cláusula en el tratado no era determinante para interpretarla, al contrario de lo que había dicho aquel tribunal.

No obstante, para el Tribunal de *SGS vs. Philippines*, la cláusula no convertía la cuestión del alcance de tales obligaciones contractuales en una cuestión de Derecho Internacional. Tampoco simples incumplimientos de contrato podían equivaler a incumplimientos del APPRI. Sin embargo, el Tribunal entendió que, dado que el contrato contenía una cláusula de elección de foro, dando competencia a un tribunal ordinario nacional, era este tribunal el que debía entender de la demanda. Para llegar a esta conclusión, el Tribunal argumentó que la cláusula de elección de foro del contrato se aplicaba a la controversia de modo más específico que la incluida en el APPRI. Además, el APPRI debe apoyar y complementar, más que desplazar, los acuerdos de inversión específicamente negociados. Además, el contrato que SGS decía incumplido estaba regido por Derecho filipino, no por Derecho Internacional.

Asimismo, el Tribunal decidió que para que operara la cláusula paraguas, las obligaciones del Estado debían referirse a la inversión específica protegida por el APPRI, por lo que no estaban incluidas obligaciones derivadas de la legislación general del Estado. Un voto particular en el laudo entendió que el APPRI, habiéndose concluido con posterioridad al contrato, ampliaba para el inversor las posibilidades de presentar reclamaciones.

El Tribunal Arbitral decidió suspender el procedimiento indefinidamente, hasta que el demandante obtuviera un pronunciamiento de los tribunales ordinarios que, en caso de no ser conforme a Derecho, posibilitaría retomar el procedimiento arbitral.

La interpretación expansiva hecha en este caso ha sido seguida en otros como *Sempra Energy International vs. Argentina*, *Consorzio Groupement L.E.S.I.-DIPENTA vs. Argelia*, *Eureko BV vs. Polonia*, *Noble Ventures vs. Romania* y *LG&E vs. Argentina*.

La interpretación por el tribunal de *SGS vs. Philippines* parece preferible a la del tribunal de *SGS vs. Pakistan.* La interpretación de este último parecía estar basada en el *a priori* de que las disminuciones de soberanía deben ser interpretadas restrictivamente y priva a la cláusula de cualquier significado. Además, la interpretación natural de una cláusula paraguas que se refiera ampliamente a «obligaciones relativas a la inversión» es que están incluidas las obligaciones contractuales, puesto que una inversión puede realizarse mediante un contrato. El argumento usado por el Tribunal en *SGS vs. Pakistán*, en el sentido de que dar un significado amplio a la cláusula paraguas privaría de utilidad al resto de obligaciones estatales del APPRI, no es correcto porque dichas obligaciones (trato justo y equitativo, no discriminación, etc.) no están presentes habitualmente en el ámbito contractual. Por otro lado, sólo el Estado es parte tanto del contrato relativo a la inversión como del APPRI. Es el Estado el que ha podido dar un significado más claro a la cláusula paraguas, por lo que cualquier oscuridad ha de ser interpretada en su contra y a favor del inversor.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Yannaca-Small, K. *Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements*. *Working Papers on International Investment*, OCDE, 2006, http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRIs). Arbitraje de inversiones.

Cláusulas (arbitrales) patológicas

Se utiliza la expresión «cláusulas patológicas» (*«pathological [compromissory] clausules»*) para hacer referencia a convenios arbitrales que, por su contenido, resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables. También se utiliza esta expresión para hacer referencia a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes.

La «patología» del convenio arbitral se produce tanto en convenios arbitrales de reducido contenido como —quizá más frecuentemente— en aquéllos de contenido extenso y que incluyen una regulación más detallada del arbitraje. La «patología» puede resultar del convenio arbitral en sí mismo o de la falta de coordinación de varios convenios arbitrales que afectan a diversas relaciones jurídicas existentes entre las partes estrechamente vinculadas entre sí (por ejemplo, un pacto de socios y los estatutos de la sociedad o un contrato principal y un acuerdo de garantía para cumplimiento).

En no pocas ocasiones los convenios arbitrales se redactan sin prestar la debida atención o sin realizar el suficiente estudio y consideraciones necesarias ni sobre el tipo de disputas que se pueden plantear entre las partes ni sobre si el convenio arbitral pactado abarca todas ellas y si su contenido resultará en un sistema apropiado de resolución de dichas disputas. Ello se debe a que la negociación y redacción del convenio arbitral se suele dejar para el último momento, esto es, para cuando ha concluido la negociación del contrato o contratos a firmar por las partes en una operación y ha quedado cerrada la redacción del resto de cláusulas de dicho contrato o contratos. Último momento al que se llega a menudo tras largas y complejas negociaciones y a altas horas de la noche o de la madrugada. De ahí que se aluda a las cláusulas de resolución de conflictos como «cláusulas de medianoche» o *«midnight clauses»*, que a menudo consisten en cláusulas estándar no pensadas específicamente para el caso concreto, o adaptadas al mismo apresuradamente.

Sentado lo anterior, pasamos a centrarnos, en primer lugar, en la primera y más común acepción de cláusula patológica, esto es, en convenios arbitrales que resultan o pueden resultar incoherentes, ambiguos o inaplicables.

Si bien es cierto que la mayoría de tribunales estatales, ante cláusulas con contradicciones o ambiguas, intentan darles sentido atendiendo a la voluntad de las partes de someterse a un determinado arbitraje, esto no siempre es posible y tampoco siempre se plantea el problema ante tribunales de jurisdicciones que se rijan por el principio *favor arbitri*.

Las cláusulas patológicas generan en todo caso inseguridad jurídica a la parte que quiere acudir al mecanismo de resolución de disputas pactado. En primer lugar, se le plantearán dudas sobre si instar el arbitraje o acudir a los tribunales estatales por inaplicabilidad o ineficacia del convenio arbitral para la concreta disputa surgida. En segundo lugar, tome una u otra decisión, el laudo o la sentencia judicial podrá ser cuestionado por la otra parte reproduciendo la discusión sobre la aplicabilidad o ineficacia del convenio arbitral.

En ausencia de voluntad de las partes de enmendar o sustituir de mutuo acuerdo los extremos problemáticos del convenio arbitral, lo cual a menudo es difícil, una vez surge la controversia, las cláusulas patológicas acaban dificultando o incluso impidiendo la resolución de la controversia mediante arbitraje. En el mejor de los casos, la controversia finalmente puede ser resuelta en un arbitraje que concluye con un laudo que no es anulado, si bien todo ello después de incurrir en dilaciones y costes innecesarios como consecuencia de las discusiones planteadas por las partes ante la institución que administra el arbitraje, los árbitros y/o los tribunales estatales, sobre los particulares del arbitraje recogidos en el convenio arbitral sin la debida claridad o corrección o, incluso, sobre la propia arbitrabilidad de la disputa, el contenido del mandato a los árbitros o la validez de la cláusula arbitral. En el peor de los casos, como consecuencia de la «patología», la parte que desea evitar el arbitraje pac-

tado logrará que el tribunal estatal al que acuda se declare competente, que la institución que administre el arbitraje o los árbitros concluyan que la disputa no es arbitrable, o, en el supuesto de que los árbitros se declaren competentes, y si dicha parte no está satisfecha con el laudo, la anulación del mismo o bloquear su ejecución.

Conviene traer a colación a este respecto el inciso final del apartado 3 del artículo II de la Convención de Nueva York, que estable que «[e]l 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».

Para evitar pactar cláusulas patológicas, en caso de arbitraje institucional, las partes suelen redactar el convenio arbitral tomando la cláusula modelo que propone la institución arbitral a la que se encomienda la administración del arbitraje, con las mínimas adaptaciones o complementos necesarios (por ejemplo, determinación del número de árbitros, del idioma del arbitraje o del lugar del arbitraje en caso de no coincidir con el de la institución). En virtud de dichas cláusulas modelo las partes se someten al reglamento arbitral de la institución, que en la mayoría de los casos contendrá reglas que determinen o regulen aquellos aspectos del arbitraje relevantes y no pactados expresamente por las partes, evitando la necesidad de recurrir a la asistencia de los tribunales estatales. Precisamente por esta razón, los autores más destacados en materia de arbitraje recomiendan, como regla general, que los convenios arbitrales en los que se pacte un arbitraje institucional partan de la cláusula recomendada por la institución y sean claros y simples, evitando complejidades innecesarias.

Salvo por la necesaria claridad que debe tener todo convenio arbitral, lo anterior no es aplicable en caso de sometimiento por las partes a arbitraje *ad-hoc*. En ausencia de una institución que administre el arbitraje y de sometimiento a su reglamento arbitral, las partes deben incluir una

regulación más pormenorizada del arbitraje en el convenio arbitral para evitar futuras actitudes obstaculizaras de una de ellas o tener que acudir a la asistencia judicial.

Ello no obstante, es cierto que las modernas leyes de arbitraje establecen normas aplicables en ausencia de pacto expreso de las partes en cuestiones tales como el número de árbitros, el sistema de nombramiento de árbitros, el nombramiento de árbitros sustitutos, el procedimiento aplicable a la tramitación del arbitraje, el lugar del arbitraje, el idioma, etc. Además, en caso de sometimiento a arbitraje *ad-hoc*, las partes también pueden incluir en su convenio arbitral por referencia las reglas previstas en reglamentos de arbitraje de instituciones arbitrales (aunque lógicamente existirán reglas inaplicables por aludir a actuaciones de la institución) o en reglamentos modelo como el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («Reglamento Modelo UNCITRAL»). El artículo 1 de este Reglamento (en su versión revisada en 2010) establece que «[c]uando las partes hayan acordado que los litigios entre ellas que dimanen de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual, se sometan a arbitraje de acuerdo con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, tales litigios se resolverán de conformidad con el presente Reglamento, con sujeción a las modificaciones que las partes pudieran acordar» y que «[e]ste Reglamento regirá el arbitraje, excepto cuando una de sus normas esté en conflicto con una disposición del derecho aplicable al arbitraje a la que las partes no puedan derogar, en cuyo caso prevalecerá esa disposición».

Incluimos a continuación, a título ejemplificativo y sin carácter exhaustivo, una serie de supuestos comunes que dan lugar a cláusulas patológicas:

(i) Uso en el convenio arbitral de expresiones que puedan inducir a dudar sobre el carácter «imperativo» y no «optativo» del sometimiento a arbitraje de las partes.

(ii) Inclusión de referencias a los tribunales de un estado en la cláusula a efectos de asistencia judicial o ejecución de laudo, cuya redacción pueda plantear dudas sobre la voluntad de las partes de someter las controversias del contrato a arbitraje o a los tribunales estatales.

(iii) Definición excesivamente cerrada del tipo de disputas relativas a un contrato sometidas a arbitraje (por ejemplo, sólo someter a arbitraje las disputas sobre la «interpretación del contrato») en lugar de emplear formulas suficientemente abiertas y flexibles tales como disputas «resultantes o relacionadas con el contrato».

(iv) Falta de coordinación o de inclusión de convenios arbitrales con el mismo contenido o debidamente coordinados en distintos contratos, que es previsible que se vean afectados conjuntamente en caso de disputa entre las partes (pacto de socio y estatutos de la sociedad; contrato principal y aval o acuerdo de *escrow* en garantía del cumplimiento de dicho contrato; contrato para la fabricación de un producto y contrato de licencia relacionado con el producto, el proceso de fabricación o las marcas a emplear; etc.).

(v) En caso de arbitraje institucional, identificación incorrecta de la institución de arbitraje que conlleve la imposibilidad de conocer qué institución querían las partes que administrara el arbitraje o que puede inducir a confusión entre dos o más instituciones.

(vi) Convenios arbitrales en los que se pretende pactar un arbitraje institucional pero que: no incluyen un sometimiento de las partes al reglamento de la institución; cuyo tenor literal plantea dudas sobre la intención de las partes de designar a la institución únicamente como autoridad nominadora y no para administrar el arbitraje; o incluyen exclusiones de las reglas del reglamento de la institución no aceptables para ésta.

(vii) Sometimiento al arbitraje de uno o varios árbitros concretos que luego no pueden aceptar su nombramiento, sin prever un sistema de designación de nuevos árbitros para esta eventualidad.

(viii) Designación de una autoridad nominadora que no existe, como consecuencia de errores en el nombre o porque ha desaparecido posteriormente.

(ix) Inclusión de un conjunto de requisitos (nacionalidad, dominio de diversos idiomas, titulaciones, experiencia, etc.) que deban cumplir los árbitros y que limite en la práctica excesivamente o incluso imposibilite la localización de candidatos válidos.

(x) Referencia a la ley aplicable al arbitraje identificando una norma de arbitraje concreta de un estado, lo que puede plantear problemas en caso de que esa norma esté derogada en el momento en que se plantee el arbitraje.

(xi) Empleo de cláusulas sobrepuestas o «*multi-tiered clauses*» en las que no se regula correctamente el momento en que las partes pueden a acudir a arbitraje o cuando una parte puede considerar agotado el sistema de resolución de disputas previo al arbitraje (por ejemplo, mediación) pactado.

Nos referimos brevemente, para concluir, a la segunda acepción de la expresión «cláusulas patológicas» señalada al inicio, esto es, la relativa a convenios arbitrales que resultan en un arbitraje no idóneo para la correcta o eficiente resolución de la controversia entre las partes.

La «patología» de estos convenios arbitrales deriva normalmente del lugar o sede del arbitraje y del derecho aplicable al convenio arbitral. Las partes pueden encontrarse con una sede cuyos tribunales estatales no prestan la asistencia necesaria al procedimiento o son excesivamente intervencionistas o excesivamente poco intervencionistas. Igualmente, el derecho apli-

cable al arbitraje puede resultar en problemas de ejecución que las partes no analizaron en el momento de pactar el convenio arbitral.

Otro tipo de cláusulas patológicas, en esta segunda acepción, son aquéllas que, por ejemplo, resultan en una evidente desproporción entre la complejidad y costes del tipo de arbitraje pactado y el tipo de controversias que finalmente se han de dirimir, o en un arbitraje con un tipo de árbitros con un perfil o especialidad no óptimo para la resolución de la disputa en cuestión.

(Autor: César Rivera. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Redfern, A., M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides *«Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional»*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006. Reisman W.M., W.L. Craig Park y J. Paulsson. *«International Commercial Arbitration. Cases, Materials and Notes on the Resolution of International Business Disputes»*. University Casebook Series, The Foundation Press, Inc., 1997.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo de arbitraje. Cláusula arbitral abusiva. Convenio arbitral. Declinatoria arbitral. Ley aplicable al arbitraje. Ineficacia del convenio arbitral.

Códigos de ética arbitral

Code of ethics es un término inglés que significa «código de ética», y en el contexto del arbitraje, hace referencia al conjunto de reglas de conducta para el desempeño de la labor de los árbitros.

Los códigos éticos provienen de organismos arbitrales con prestigio internacional, destacando por su importancia *The Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes* elaborado por la *American Arbitration Association* (AAA) y la *American Bar Association (*ABA), así como las *Rules of Ethics for International Arbitrators* elaborado por la *International Bar Association* (IBA).

También hay códigos dirigidos, no a los árbitros, sino a las instituciones arbitrales, como es el caso del *Código CEA de Buenas Prácticas Arbitrales* elaborado por el Club Español de Arbitraje (CEA).

Para que un determinado código ético sea de aplicación obligada, debe ser previamente aceptado por acuerdo, mediante una cláusula específica en el convenio arbitral. Pero, en todo caso, pueden servir a los árbitros como guía orientadora, si la legislación nacional en materia de ética arbitral no brindase respuestas.

Los códigos éticos no contienen una serie de reglas fijas sino que contemplan unas líneas de actuación flexibles, generalmente aceptadas y extraídas de la práctica internacional. Son menos estrictos que aquéllos que rigen la actuación de los jueces. La aplicación de reglas rígidas dificultaría el arbitraje y contravendría su esencia, ya que se limitaría el número de árbitros competentes y se reducirían las posibilidades interpretativas que admiten los principios que comparten los distintos códigos éticos.

Los principales valores que proclaman los códigos éticos son la independencia y la imparcialidad, pero muchos códigos éticos también buscan impulsar otros valores, tales como la confidencialidad, la transparencia, la diligencia, la celeridad, la flexibilidad, la calidad, y la mesura en cuanto a gastos.

(Autor: Calvin Hamilton. Socio de hamilton abogados/Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: O'Malley Forbes, William. «Rules of Ethics for Arbitrators and their Application». *Journal of International Arbitration,* vol. 9, issue 3, 1992, pp. 5-26. Van Den Berg, Albert Jan. «Rules of Ethics For International Arbitrators». Van Den Berg, Albert Jan (Editor). *Yearbook Commercial Arbitration,* 1987, Kluwer Law International, vol. XII, pp. 199-202. Aguilar Álvarez, Guillermo. «The Challenge of Arbitrators». *Arbitration International*, 1990, vol. 6, issue n.º 3, pp. 203-225. Bernardo Cremades. «Code of ethics for arbitrators». En Fernández-Ballesteros, M.A. y David Arias (Editors). *Liber Amicorum.* La Ley, 2010, pp. 417-420.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Corte de Arbitraje. Cultura arbitral.

Colegio arbitral (Tribunal arbitral)

El término «colegio» aplicable al arbitraje es de etimología latina ya que el «*collegium*» implicaba, en las fuentes romanas, «reunión» en función de determinados vínculos.

En las leyes de arbitraje es común la referencia a «colegios arbitrales», en la medida en que, a través de ellos, se justifica la «reunión» de árbitros por la finalidad que los justifica y que no es otra que proceder a laudar.

Así que, en el arbitraje, el elemento subjetivo, que se proyecta en el mismo, se halla comprendido, de un lado, por «las partes» que suscriben el convenio arbitral y, de otro lado, por los «árbitros» que pueden actuar «singularmente» o «colegiadamente». En este segundo supuesto constituirían un «colegio arbitral».

Para que se entienda mejor el ámbito «colegiado» de los árbitros, lo oportuno es comenzar indicando que tanto las partes que expresan su voluntad de someterse a arbitraje mediante convenio arbitral, como los árbitros, son, por lo pronto, elementos subjetivos necesarios para las actuaciones arbitrales. Sin unos y sin otros no es posible el arbitraje.

El tratamiento subjetivo del arbitraje se justifica en que los árbitros son la consecuencia obligada del convenio arbitral suscrito por «las partes» en el que se presupone la ineludible existencia de aquéllos (los árbitros), a los que se les indica la controversia que han de resolver y que, expresada en el convenio arbitral, posibilita la exclusión de la jurisdicción estática de Juzgados y Tribunales estatales.

La interacción entre las partes y los árbitros es determinante ya que, sin unos y sin otros, no es posible el arbitraje. Pero, esa interacción en

modo alguno significa confusión. Esto es, no es posible confundir la posición que tanto unos como otros asumen en el arbitraje. Los primeros, son parciales, los segundos en cambio, deben ser imparciales, por lo que no es posible confundir las posiciones que ocupan cada uno de ellos en el arbitraje.

La parcialidad de unos sujetos (de las «partes») del arbitraje y la imparcialidad de otros (de los «árbitros») ha sido ya planteada en la práctica jurisprudencial española por el ponente Álvarez Pérez al indicar lo siguiente: «... Respecto a la denunciada nulidad de este recurso por el hecho de no haber tenido como parte en el mismo al árbitro, debe reiterarse ahora la doctrina sostenida por esta Sala en el auto dictado en su momento, puesto que el árbitro no es más que un juez privado y por ello los pronunciamientos de esta sentencia alcanzan sólo a quienes son parte en el juicio arbitral, titulares de las relaciones jurídicas que en el mismo se decidieron y que por definición no alcanzaron ni podían alcanzar en modo alguno al árbitro, sujeto imparcial en las mismas».

O sea que, según el ponente Álvarez Pérez, hay que distinguir entre «quienes son parte en el juicio arbitral» y «el árbitro, sujeto imparcial».

En la práctica arbitral, la individualización nominal del árbitro o árbitros es aconsejable que se contenga en el convenio arbitral, cuando se trate de arbitraje *ad-hoc*, pasando esa indicación a ser un elemento más del convenio arbitral. Por el contrario, en el arbitraje institucional, la individualización de los árbitros normalmente no vendrá indicada, como regla general, en el convenio arbitral que suscriban las partes.

Como la individualización nominal del árbitro no es, pues, un elemento constitutivo de la validez del convenio arbitral, es por lo que esa indicación se puede llevar a cabo incluso en cualquier momento *posterior* a la suscripción del convenio arbitral, mediante acuerdos complementarios. Pero, sucede que mientras la hipótesis de «complementar» el convenio arbitral es perfectamente viable en el arbitraje *ad-hoc*, en cambio

ésa no será la opción a seguir en el caso del arbitraje institucional, ya que será la institución arbitral, y no los que suscribieron el convenio arbitral, la que lleve a cabo la designación del árbitro o árbitros (en este último caso: «colegio arbitral»). Pero, de lo que no cabe duda es que la designación del árbitro o árbitros (en este último caso, repito: «colegio arbitral») es un acto negocial de integración del convenio arbitral, ya lo sea en la modalidad de arbitraje *ad-hoc* por quienes suscribieron el convenio arbitral [lo «complementan»] como en la, asimismo, modalidad de arbitraje institucional, por sujetos distintos a quienes suscribieron el convenio arbitral. En concreto la «institución arbitral».

Paso ahora a la concreción natural del árbitro (claro está en los supuestos de «colegio arbitral»). La regla general es que esa concreción sea la impar. Lo habitual en las leyes de arbitraje consiste en que las partes (arbitraje *ad-hoc*) puedan concretar libremente el número de árbitros. Mediante el convenio arbitral, la resolución de la controversia se somete a la decisión de uno o más árbitros, en número impar. En el caso en que se constituya un órgano arbitral en número superior a un árbitro, es obvio que esa hipótesis, además de confluir necesariamente en un colegio arbitral, constituye un argumento decisivo para sostener que la función que ese colegio realice no puede confiarse más que a personas físicas.

La persona natural del árbitro, a que alude el artículo 13 de la Ley Española de Arbitraje, es una persona física, y por ello ha de entenderse que si el convenio arbitral designa a una persona jurídica, ésta, tan sólo, podrá organizar [administrar] el arbitraje. Y ello es así ya que la complejidad estatutaria de la persona jurídica obliga a la comparecencia mediante representante, lo que le excluye *intuitu personae* como árbitro.

(Autor: Antonio María Lorca Navarrete. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco. Presidente de la Corte Vasca de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Álvarez Pérez, T. *Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 15 de octubre de 1991*. En *Revista vasca de Derecho Procesal y Arbitraje* (*RVDPA*), 1993, n.º 2, §18 (pp. 223 y ss.); Lorca Navarrete, A.M.ª. *La garantía de los sujetos del arbitraje y su jurisprudencia. Las partes y el árbitro*. San Sebastián: Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal cofinanciada por la Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo (AECID), 2010.

VOCABLOS CONEXOS: Abstención de los árbitros. Deber de declaración (de los árbitros). Designación de los árbitros. Disponibilidad para ser árbitro. Imparcialidad del árbitro. Independencia del árbitro. Neutralidad del árbitro. Recusación de los árbitros.

Comercialización a distancia de servicios financieros (ver «Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros»)

Comienzo del arbitraje

El artículo 27 de la Ley de Arbitraje Española, al igual que el artículo 22 de la Ley Modelo UNCITRAL, establece que, 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.

Por su parte, el artículo 4.a. del mismo texto legal dispone que cuando la ley deje a las partes la facultad de decidir libremente sobre un asunto, esa facultad comprenderá la de autorizar a un tercero, incluida una institución arbitral, a que adopte esa decisión.

La conjunción de esos dos preceptos hace que la regla general sea que el arbitraje se entienda iniciado a la recepción por parte del demandando de la solicitud de arbitraje o requerimiento de sometimiento a arbitraje, sin perjuicio de lo que las partes pudieran pactar, o lo establecido en los reglamentos de las instituciones arbitrales a las que se sometan. En este

sentido, por ejemplo, el artículo 4 del Reglamento de la CCI establece que la fecha de recepción de la demanda (solicitud de arbitraje) por la Secretaría debe ser considerada a todos los efectos la del inicio del procedimiento arbitral. De forma similar, el artículo 5 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid establece que el procedimiento arbitral dará comienzo con la presentación de la solicitud de arbitraje ante la Corte, que dejará constancia de esa fecha en el registro habilitado a tal efecto.

La fijación del comienzo del arbitraje no es una cuestión baladí, ya que supone la activación de importantes consecuencias jurídicas. Así, y en primer lugar, el inicio del procedimiento arbitral determina la interrupción de los posibles plazos de prescripción que pudieran existir con respecto de las pretensiones a dilucidar en el arbitraje.

Igualmente y en segundo lugar, el inicio del arbitraje resulta fundamental en relación con el llamado efecto negativo del convenio arbitral y muy particularmente a los efectos de, en su caso, dilucidar la concurrencia de una posible litispendencia o prejudicialidad civil o penal.

Finalmente, el comienzo del arbitraje tiene importantes consecuencias en sede concursal, ya que el actual artículo 52 de la Ley Concursal española, en su apartado primero, dispone que los convenios arbitrales en que sea parte el deudor quedarán sin valor ni efecto durante la tramitación del concurso, para luego clarificar que los procedimientos arbitrales en tramitación al momento de la declaración de concurso, se continuarán hasta la firmeza del laudo. Salta a la vista que la consideración de una determinada fecha o hito procedimental como el inicio de un determinado procedimiento arbitral puede significar la eficacia o no de la cláusula arbitral que ampara dicho arbitraje. No obstante lo anterior, debe hacerse referencia a que si sale adelante la reforma legislativa que en materia arbitral se está acometiendo en el momento de escribir estas líneas, y que modifica el artículo 52.1 de la Ley Concursal, en el sentido de regular que la declaración de concurso, por sí sola, no afecte

a los acuerdos sobre mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el concursado, se suavizará el impacto anteriormente mencionado, y que en la actualidad presenta verdaderas dificultades en su aplicación e interpretación.

(Autor: Miguel Temboury. Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Ineficacia del convenio arbitral. Procedimiento arbitral.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL)

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) fue establecida por la Asamblea General de esta organización internacional en 1966 (Resolución n.º 2205 (XXI) de 17 de diciembre de 1966). La CNUDMI es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el mandato general de promover la armonización y unificación progresivas del Derecho Mercantil Internacional. La Comisión recibió de la Asamblea General el mandato de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho mercantil internacional. Puede considerarse que la CNUDMI es la pieza central del sistema de las Naciones Unidas en materia de unificación normativa del Derecho Mercantil Internacional. Pieza esencial es la Secretaría de la CNUDMI, que es la Subdivisión de Derecho Mercantil Internacional de la Oficina de Asuntos Jurídicos de las Naciones Unidas.

La página web de la CNUDMI (www.cnudmi.org) contiene toda la información relevante sobre la Comisión, sus Grupos de Trabajo, y los diversos textos jurídicos que de ella emanan, así como su estatus. Igualmente importante es la labor que desarrolla la CNUDMI en la difusión de los textos jurídicos y su aplicación por los jueces y los árbitros. Así,

destacan tanto el sistema CLOUT (*Case Law on UNCITRAL Texts*), esto es, el sistema de recopilación de sentencias y laudos arbitrales que aplican textos de la CNUDMI, como el Compendio (o Digesto), que ofrece una sistematización y ordenación de las decisiones adoptadas por los jueces y los árbitros. Igualmente se ha de destacar la compilación anual, realizada por la Secretaría de la CNUDMI, de una lista de bibliografía de obras recientemente publicadas relativas a la labor de la Comisión.

En su origen, la CNUDMI estaba integrada por 29 Estados; ese número se elevó a 36 en 1973, y a 60 en 2004. La CNUDMI está actualmente integrada por 60 Estados miembros elegidos por la Asamblea General. Su composición es representativa de las diversas regiones geográficas y los principales sistemas económicos y jurídicos. En la Comisión están representados cinco grupos regionales: Estados de África; Estados de América Latina y el Caribe; Estados de Asia; Estados de Europa Occidental; Estados de Europa Oriental y otros Estados. Los miembros de la Comisión son elegidos por períodos de seis años y el mandato de la mitad de ellos expira cada tres años. Su equilibrada composición es esencial para la búsqueda de soluciones que sean aceptables para Estados de diferente tradición jurídica y desarrollo económico. En las deliberaciones participan también otros Estados («Estados observadores»), así como organizaciones internacionales interesadas, intergubernamentales y no gubernamentales. Las ONG, aunque carecen de derecho de voto, suelen desempeñar un papel importante en las deliberaciones, al tratarse de organizaciones con un alto conocimiento técnico-jurídico de las materias objeto de deliberación. La CNUDMI adopta normalmente sus decisiones por consenso o por la vía del compromiso, esto es, mediante la búsqueda de soluciones aceptables para todos los participantes y rara vez mediante votación.

La CNUDMI se reúne una vez al año, alternativamente en sus sedes de Nueva York y de Viena. Se divide en seis grupos de trabajo, que también se reúnen alternativamente en las mencionadas sedes dos veces

al año, y que se encargan de la labor preparatoria sustantiva sobre los temas del programa de trabajo de la Comisión. Cada uno de los grupos de trabajo está integrado por todos los Estados miembros de ésta. Los seis grupos de trabajo y sus temas actuales son los siguientes:

Grupo de Trabajo I - Contratación pública
Grupo de Trabajo II - Arbitraje y conciliación internacionales
Grupo de Trabajo III - Derecho del transporte
Grupo de Trabajo IV - Comercio electrónico
Grupo de Trabajo V - Régimen de la insolvencia
Grupo de Trabajo VI - Garantías reales

La CNUDMI elabora diversos instrumentos internacionales con distinto alcance y eficacia: desde las Convenciones, y Leyes Modelos, hasta las guías jurídicas, incluyendo también otros instrumentos relativos al Derecho Mercantil Internacional. Las Convenciones, al ser Tratados Internacionales, se incorporan a los derechos internos de los Estados cuando éstos deciden proceder al proceso de su ratificación, aprobación o adhesión. Las Leyes Modelo son modelos de Ley que se ofrecen a los legisladores internos para que desarrollen su propia Ley nacional sobre el tema objeto de la Ley. En este sentido, los legisladores nacionales gozan de una amplia libertad a la hora de decidir como «incorporan» dicha Ley a su derecho interno, pues pueden ampliar o modificar sus contenidos, aunque para lograr un alto grado de uniformidad es preferible que la Ley nacional no se aparte en un porcentaje alto del contenido de la Ley Modelo. Los textos no legislativos, como el Reglamento de Arbitraje, pueden ser utilizados por las partes en contratos comerciales internacionales. Las Guías Jurídicas ofrecen generalmente a los operadores jurídicos importantes recomendaciones, de cara a la elaboración de sofisticados contratos mercantiles internacionales como las operaciones de comercio compensatorio internacional. Las guías legislativas tienen como misión establecer recomendaciones, pero ahora para los legisladores nacionales.

Los textos de la CNUDMI se aplican a las operaciones comerciales entre empresas y no entre éstas y los consumidores, siendo ésta una constante en el Derecho Uniforme del Comercio Internacional.

Entre los textos legislativos de la CNUDMI figuran:

- La Convención de 1980 de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. Texto que fue ratificado por España en el año 1991.

- La Convención de 1974 sobre la Prescripción en Materia de Compraventa Internacional de Mercaderías.

- La Ley Modelo de 1985 de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, modificada en el año 2006.

- La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.

- La Convención de 1995 de las Naciones Unidas sobre Garantías Independientes y Cartas de Crédito Contingente.

- La Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Transferencias Internacionales de Crédito.

- La Convención de las Naciones Unidas sobre Letras de Cambio Internacionales y Pagarés Internacionales; el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Transporte Marítimo de Mercancías («Reglas de Hamburgo») (1978).

- El Convenio de las Naciones Unidas sobre la Responsabilidad de los Empresarios de Terminales de Transporte en el Comercio Internacional.

- La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico de 1996.

- La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre proyectos de infraestructura con financiación privada.

- La Ley Modelo de la CNUDMI sobre las Firmas Electrónicas.

- La Ley Modelo de la CNUDMI sobre la conciliación comercial internacional de 2002.

- La Convención de las Naciones Unidas sobre la Cesión de Créditos en el Comercio Internacional de 2005.

- La Guía Legislativa de la CNUDMI sobre el régimen de la insolvencia y la Convención de las Naciones Unidas sobre la Utilización de las Comunicaciones Electrónicas.

- La Convención sobre el uso de las comunicaciones electrónicas en el ámbito de los contratos internacionales.

- La Convención de la CNUDMI de 2008 sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo (Reglas de Rótterdam).

Entre los textos de carácter no legislativo se pueden mencionar:

- El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 modificado en 2010.

- El Reglamento de Conciliación de la CNUDMI.

- Las Notas de la CNUDMI sobre la organización del proceso arbitral.

- La Guía Jurídica de la CNUDMI para la Redacción de Contratos Internacionales de Construcción de Instalaciones Industriales.

- La Guía Jurídica de la CNUDMI sobre operaciones de comercio compensatorio internacional.

La CNUDMI, como se resalta en su página web, lleva a cabo una serie de actividades de asistencia técnica con el fin de promover su labor, así como la utilización y adopción de los textos legislativos y no legislativos que elabora, con objeto de fomentar la armonización y unificación progresivas del derecho privado. Una parte importante del mandato de la CNUDMI consiste en coordinar la labor que realizan las organizaciones que se ocupan de cuestiones de derecho mercantil internacional, tanto dentro del sistema de las Naciones Unidas como fuera de él, a fin de fomentar la cooperación entre ellas, evitar solapamientos y promover la eficiencia, la consistencia y la coherencia en la modernización y armonización del derecho mercantil internacional. En los últimos años, un número cada vez mayor de órganos normativos ha elaborado textos en campos del derecho que afectan al comercio internacional, dando así un relieve aun mayor a la función de coordinación asignada a la CNUDMI. En este sentido, la CNUDMI participa colaborando con diversas instituciones a nivel internacional, coordinando también diversas actividades. Dentro de esta faceta de la CNUDMI destaca la elaboración de estudios e informes, así como la preparación de conferencias y seminarios en temas relacionados con el Derecho Uniforme del Comercio Internacional. Igualmente, la CNUDMI ha recomendado o apoyado la utilización de textos elaborados por otras organizaciones como la UNIDROIT. Por ejemplo, los INCOTERMS 2000 o los Principios UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales.

El mandato de la CNUDMI no se extiende a la participación en controversias mercantiles. Particularmente ha de resaltarse que la CNUDMI no ofrece asesoramiento jurídico en controversias privadas o públicas y, en particular, no es una autoridad nominadora, ni una institución que administre arbitrajes.

(Autora: Pilar Perales Viscasillas. Catedrática de Derecho Mercantil/ U. Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Basedow/Fernández y Arroyo/Moreno (Dirs.). *¿Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional?* CEDEP, La Ley Paraguaya y Thomson Reuters, 2010. Illescas Ortiz y Perales Viscacillas. *El Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme*. Madrid: Cerasa 2003. Olivencia. La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL): Balance de un Decenio (1968-1977). En *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo*. Madrid: Edersa 1981, pp. 753-782; *Id.*, UNCITRAL: «Hacia un Derecho Mercantil Uniforme en el Siglo XXI». RDM, 1983, n.º 207, pp. 9-35.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional. Armonización. Cámara de Comercio Internacional de París. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Confluencia de tradiciones jurídicas. Globalización. Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA). Reglas de Hamburgo de 1978. Reglamento Arbitral. UNIDROIT.

Compensación de deudas e intereses

En algunas controversias, los laudos arbitrales recogen algunas de las pretensiones cruzadas de las partes y, en lugar de hacerlas efectivas en su integridad, sólo se ejecuta la diferencia restante, el remanente entre ambas. Especialmente en casos de laudos con condena monetaria.

(Autor: Jordi Sallarés. Profesor de Derecho Internacional de la U. de Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Ejecución del laudo. Derecho aplicable al fondo del asunto.

Competencia sobre la competencia (Principio de *kompetenz-kompetenz*)

Con la expresión alemana «*kompetenz-kompetenz*» se hace referencia a un principio básico del arbitraje, que implica que los árbitros tienen la potestad para decidir sobre su propia competencia, juzgando la validez del convenio arbitral.

El término competencia debe entenderse en sentido amplio y genérico, incluyendo cualquier cuestión que pueda impedir un pronunciamiento de los árbitros sobre el fondo de la controversia, como pueden ser las excepciones relativas a la existencia o a la validez del convenio arbitral.

La primera consecuencia lógica que se deriva de esta regla es que la parte que colabora activamente en la designación de los árbitros no está renunciando a su derecho a hacer valer la excepción de falta de competencia objetiva. De hecho, si son los árbitros los que deciden sobre su propia competencia, la parte que facilita el nombramiento del tribunal arbitral no está haciendo más que colaborar a designar las personas que van a decidir esa excepción procesal.

Teniendo en cuenta que el efecto más importante del convenio arbitral es que se otorga la competencia a los árbitros para decidir sobre una controversia existente entre las partes, excluyendo la competencia de los tribunales de justicia ordinarios, es igualmente necesario reconocer el poder de los árbitros para que, bien por sí mismos o a instancia de parte, puedan valorar el alcance y la extensión del convenio arbitral.

Antes de entrar a decidir las cuestiones relativas al procedimiento arbitral propiamente dicho, los árbitros deberán examinar si son competentes o no para conocer de la controversia que se les ha encomendado. Los árbitros deberán admitir que carecen de la competencia necesaria para entrar a conocer de una determinada disputa cuando ésta recaiga sobre materias que no son disponibles para las partes.

En cualquier caso, los árbitros son libres para decidir si las cuestiones relativas a su propia competencia deben ser resueltas con carácter previo, mediante laudo parcial o, junto con las cuestiones de fondo, cuando finalice el procedimiento, mediante laudo final. Lo cierto es que los árbitros pueden dictar tantos laudos como consideren necesarios, ya sea para resolver cuestiones procesales o de fondo, o incluso llegar a dictar un solo laudo resolviendo todas ellas.

Por otro lado, de esta regla de competencia sobre la competencia se desprende además otro principio esencial del arbitraje, como es el de la separabilidad del convenio arbitral respecto del contrato principal. Este principio permite que la validez del convenio arbitral no dependa de la validez del contrato principal. En este sentido, la cláusula de sometimiento a arbitraje que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo, sin que la decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato entrañe por sí sola la nulidad del convenio arbitral.

Este principio básico del Derecho Arbitral, conocido como *kompetenz-kompetenz*, aparece ya consagrado en el artículo 16 de la Ley Modelo UNCITRAL de 1985. Este precepto, además de definir la facultad del tribunal arbitral para decidir sobre su competencia y la separabilidad del convenio arbitral, regula distintas cuestiones más procedimentales, tales como el momento en que debe presentarse la excepción de falta de competencia o las posibilidades que tienen los árbitros para resolver sobre la misma.

Sobre la base de la Ley Modelo, las distintas normativas nacionales e internacionales que regulan el procedimiento arbitral han recogido y hecho suyo este principio capital para el arbitraje.

En el caso español, ya en el artículo 23 de la Ley de Arbitraje de 1988 se recogía este principio, aunque se definía con menos precisión que en la norma vigente. Actualmente, la facultad de los árbitros para decidir sobre su competencia se consagra en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje de 2003 e incluso la propia Exposición de Motivos de la vigente norma destaca la importancia que tiene la regla «*kompetenz-kompetenz*» para el arbitraje.

En el mismo sentido, los reglamentos de las principales cortes de arbitraje españolas hacen mención expresa a esta facultad de los árbitros. Por ejemplo, el artículo 8.1 a) del Reglamento de la Corte de Arbitraje

de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; el artículo 14 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje; o el artículo 19.2 del Reglamento de Procedimiento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje.

En el ámbito internacional, los reglamentos de distintas instituciones arbitrales de reconocido prestigio también recogen el principio «*kompetenz-kompetenz*» en sus textos. Así, el artículo 6.2 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, el artículo 23 de las «*Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration*», o el artículo 7 a) de las «*Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association*».

(Autores: Pedro Claros Alegría, Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Claudia Velasco Papineschi, Abogada de Cuatrecasas, Gonçalve Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Hinojosa Segovia, R. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Grupo Difusión, 2008; www.uncitral.org; www.lcia.org; www.adr.org.

VOCABLOS CONEXOS: Autonomía del convenio arbitral. Laudo parcial. Separabilidad del convenio arbitral.

Comunicaciones *Ex Parte*

El término comunicaciones *ex parte* hace referencia a aquellas comunicaciones que se realizan entre una parte y un árbitro o el tribunal arbitral, de manera unilateral, sin el conocimiento de la parte contraria.

Es un deber de los árbitros el mantenerse independientes e imparciales durante el curso de los procedimientos, por lo que éstos no deberían mantener comunicaciones *ex parte* sobre el fondo del proceso con ninguna de las partes, so pena de que ello pueda dar dudas justificadas

sobre su independencia e imparcialidad y de que pueda suponer una infracción del deber de tratar a las partes con igualdad.

Por estas razones, en principio, no debería haber comunicaciones *ex parte* entre un árbitro y otra parte. No obstante, éstas se admiten cuando se trata de comunicaciones entre una parte y una persona candidata a ser árbitro, con el fin de determinar si esta última es la persona adecuada para actuar como árbitro, siempre y cuando se respeten unos límites sobre el contenido de la comunicación. Sólo en estos casos se acepta de manera generalizada que existan contactos *ex parte* entre un árbitro y una parte.

El problema siempre residirá en el alcance permisible de la discusión, esto es, determinar qué cuestiones pueden ser tratadas *ex parte* con el árbitro candidato. Así, mientras que no debería discutirse sobre los hechos de la controversia o los argumentos de las partes, sí se le podría preguntar al candidato a ser designado como árbitro, cuál es su experiencia en un sector determinado, qué idiomas habla, su experiencia en un determinado sistema legal, o de una concreta área legal, etc.

En cualquier caso, el ámbito de lo permitido entra dentro del criterio individual y de las prácticas de cada lugar, ya que no hay muchas normas que se refieran a cómo deben resolverse las diferentes situaciones en las que ha habido comunicaciones unilaterales, sino que esta cuestión está tratada en mayor medida en los distintos códigos éticos. En efecto, la mayoría de leyes o reglamentos institucionales, con algunas excepciones como el artículo 13 de las Reglas de la *London Court of International Arbitration*, no tratan de manera específica la cuestión de las comunicaciones unilaterales entre las partes y los árbitros, ya que la prohibición de no mantener este tipo de contactos puede subsumirse dentro de la obligación de los árbitros de ser independientes e imparciales. Por esta razón, es muy frecuente que en las órdenes procesales iniciales o en el Acta de Misión, en caso de un arbitraje CCI, se prohíban expresamente las comunicaciones *ex parte*.

En cambio, como ya se ha dicho, distintos códigos éticos sí tratan específicamente esta cuestión. En este sentido, hay que hacer especial mención a las Normas de Ética de la IBA para Árbitros Internacionales (*Rules of Ethics for International Arbitrators*) , que si bien no son obligatorias, son un estándar que los árbitros internacionales toman cada vez más en consideración.

> 5.1. Cuando se le solicite su intervención en un asunto, antes de aceptar el encargo el árbitro […]. Puede también responder a las consultas de quienes hayan solicitado su intervención, siempre que dichas consultas tengan por finalidad determinar su aptitud y disponibilidad para el encargo, y siempre y cuando no se comente el fondo del asunto. En el caso de que la intervención del futuro árbitro o presidente del panel arbitral viniera solicitada por una parte únicamente, o por un árbitro elegido unilateralmente por una de las partes (el «árbitro designado por una parte»), deberá asimismo asegurarse de que la otra parte o las demás partes, si las hubiera, o el otro árbitro, han prestado su consentimiento a la forma en que se ha solicitado su intervención. En tales circunstancias deberá, verbalmente o por escrito, informar a las demás partes o al otro árbitro, según corresponda, del contenido de la conversación inicial.
>
> 5.2. Si se le solicita a un árbitro designado por una parte su intervención en la selección de otro árbitro o presidente de un panel arbitral, es admisible (si bien no se le exige) que obtenga la opinión de la parte que le hubiere nombrado respecto de la admisibilidad o aptitud de los candidatos sometidos a su consideración.
>
> 5.3. A lo largo del procedimiento arbitral, el árbitro deberá evitar toda comunicación unilateral acerca del caso con cualquiera de las partes o sus representantes. Si se produjera una comunicación de este tipo, el árbitro deberá informar a la otra u otras partes y árbitros del contenido de la misma.
>
> 5.4. Si llega a conocimiento de un árbitro que un compañero árbitro ha incurrido en comunicación unilateral con una de las partes, podrá informar al resto de los árbitros y deberán conjuntamente determinar las medidas a adoptar. Normalmente, lo adecuado es que se exija al árbitro infractor que se abstenga de cualquier ulterior comunicación con dicha parte. Si el árbitro infractor se negara o no cumpliera con esta exigencia de abstenerse de comunicaciones indebidas, el resto de los árbitros podrá informar a la otra parte para que considere las medidas que considere oportunas. El ár-

> bitro podrá informar unilateralmente a una parte sobre la conducta de otro árbitro, al objeto de permitir a dicha parte decidir si conviene impugnar al árbitro infractor sólo en casos extremos, y tras haber comunicado su intención por escrito al resto de los árbitros involucrados. [traducción propia].

En términos muy similares y detallados se manifiesta el Canon III del Código Ético de la *American Bar Association/AAA* para los árbitros en controversias comerciales (*Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes*). En cambio, la recomendación 18 de las recomendaciones relativas a la independencia e imparcialidad de los árbitros del Club Español del Arbitraje, si bien adopta una posición similar en cuanto a la prohibición de las comunicaciones *ex parte* durante el procedimiento y permite las comunicaciones relacionadas con la selección y designación de árbitros, es menos detallada y no especifica el contenido concreto de las comunicaciones prohibidas o permitidas con el fin de dejar espacio al criterio individual:

> Toda información relativa al arbitraje que un árbitro revele a una parte y que no sea de carácter meramente instrumental deberá ser comunicada de inmediato a la contraparte.
>
> Durante el arbitraje ningún árbitro mantendrá comunicación oral o escrita relativa al arbitraje con ninguna de las partes ni con sus abogados sin conocimiento del resto del Colegio Arbitral y, en el caso de los coárbitros, sin autorización previa del Presidente. Se exceptúan los intercambios de información entre las partes y los coárbitros que éstas hubieran designado, relativos a la selección y designación de Presidente del colegio arbitral.

Así pues, estos textos ponen de manifiesto con mayor o menor detalle, que una vez formado el tribunal arbitral, las comunicaciones *ex parte* con el mismo o con algún miembro del mismo no están permitidas, mientras que antes de la formación del mismo se pueden mantener discusiones con los árbitros respetando ciertos límites en cuanto al objeto de la discusión, pudiendo incluso mantener conversaciones sobre la selección y designación del presidente del tribunal arbitral.

Si bien, en principio, las comunicaciones *ex parte* estarían prohibidas durante el procedimiento, también es cierto que en algunos casos puntuales se permiten, siempre que se adopten ciertas salvaguardias, como es el caso en que una parte solicita la adopción de una medida cautelar sin comunicárselo a la otra parte, por razones de extrema urgencia y con el fin de beneficiarse de un efecto «sorpresa», para evitar que la parte contra la que va dirigida la medida pueda de alguna manera escaparse de ella transmitiendo sus bienes, etc. Aún cuando pocas legislaciones son claras en cuanto a la posibilidad de solicitar medidas cautelares *ex parte* en un procedimiento arbitral, y de la facultad de los árbitros para otorgarlas, parece que cuando éstas se adoptan debe garantizarse el derecho de la parte contra la que se ha dirigido la medida a defenderse, y se le debe dar la oportunidad de ser escuchada, una vez se ha adoptado la medida para poder salvaguardar así el principio de contradicción, sin perjuicio de otras salvaguardias que puedan adoptarse. Esta cuestión ha sido muy debatida durante las sesiones de trabajo de la Ley Modelo CNUDMI en relación con las allí denominadas órdenes preliminares.

(Autor: Víctor Bonnín Reynés. Abogado. Garrigues, Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Redfern/M. Hunter. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2006, pp. 4-65. Clay. *L'arbitre*. París: Dalloz, 2001, pp. 351 y ss. Born. *International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwer Law International, 2009, pp.1803 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Defensa y contradicción. Igualdad de las partes. Imparcialidad del árbitro. Indefensión. Independencia del árbitro. Neutralidad del árbitro.

Conciliación

La conciliación es un método voluntario y privado de resolución de controversias que, en ocasiones, hace referencia al mismo método de

resolución de controversias que la mediación. Cuando se da a ambos métodos un significado distinto, la conciliación suele diferenciarse de la mediación en que en ella el conciliador propone de modo formal a las partes una solución a la controversia, solución que las partes pueden o no aceptar. El CIADI y la UNCITRAL/CNUDMI han elaborado sendos reglamentos de conciliación.

(Autor: Nicolás Zambrana.
Prof. de Derecho Internacional Privado de la U. de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Redfern, A. *et al. Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell. 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Alternative Dispute Resolution. Cámara de Comercio Internacional. Dispute Boards. Mediación. Mini trial.

Concurso internacional (ver «Arbitraje concursal internacional»)

Conferencia preliminar

La «conferencia preliminar» es usual en la práctica arbitral anglosajona e internacional. Siempre dependerá de lo pactado por las partes en el convenio arbitral, así como de la normativa aplicable como *lex arbitri* o, de ser el caso del reglamento arbitral institucional aplicable. Consiste en llevar a cabo una o más audiencias o conferencias «preliminares», haciéndolo en forma previa a las actuaciones arbitrales, una vez constituido el tribunal arbitral. Estas audiencias serían parte de lo que la doctrina ha denominado como la «*lex mercatoria* procesal» contemporánea, teniendo la finalidad de contribuir al establecimiento de la metodología para ordenar y organizar el arbitraje, facilitando las labores de los árbitros y la preparación oportuna de las partes para cada una de las etapas del arbitraje. Su realización favorece la reducción de costos, pues

clarifica las tareas a llevar a cabo en el flujo del conjunto de acciones que comprende un arbitraje. Este flujo puede adaptarse a las características del caso, mediante la realización de las conferencias. De ahí que la realización de las «conferencias preliminares» no esté tipificada de manera uniforme en las diversas normas que regulan el arbitraje. Sin embargo, se percibe una tendencia hacia su estandarización gradual. Un claro indicio de esto se aprecia a partir de la última modificación del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), vigente a partir del año 1998. De otro lado, algunas reglas como las de la *American Arbitration Association* (AAA), establecen la conferencia «preparatoria» (*preparatory conference*), en diversas competencias arbitrales especializadas. Las reglas de la AAA precisan además, que es una oportunidad para «organizar, poner en agenda y acordar la forma de proceder» durante la secuela arbitral. Otro ejemplo a citar son las reglas de arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Disputas en materia de Inversiones (CIADI), que se refieren a la «consulta procesal preliminar». En realidad se trata de una metodología similar a la contenida en las reglas de la AAA. En el caso del CIADI se precisa que en dicha consulta se ordenarán una serie de aspectos formales, como la exención o no del procedimiento escrito u oral, la manera en que se prorratearán las costas, la manera en que se levantará el acta de las audiencias, etc. Adicionalmente, en el mismo Reglamento del CIADI se precisa, en otro artículo, una «audiencia preliminar» que puede ser llevada a cabo a solicitud del Secretario General del CIADI, o a discreción del Presidente del Tribunal Arbitral, para intercambiar información y estipular los hechos no controvertidos, con la finalidad de conducir el arbitraje con mayor rapidez. La misma norma precisa que, a solicitud de las partes, es posible llevar a cabo una audiencia preliminar que permita «lograr un avenimiento». En este último caso, se usa la figura de la «audiencia preliminar» como forma de poner fin a la controversia, antes de iniciar el arbitraje. Regresando al Reglamento de Arbitraje de la CCI, cabe precisar que si bien no se usa en forma expresa el término «audiencia preliminar», no cabe duda de que se puede inferir la posibilidad de su realización, a partir de las reglas sobre el Acta de Misión (*terms of*

reference). En éstas se precisa que al preparar el acta correspondiente o «en cuanto le sea posible luego de ello», el Tribunal Arbitral, «previa consulta con las partes», deberá establecer el calendario provisional de actuaciones arbitrales. Es así como en las reglas CCI se aprecia la filosofía de estructurar el caso de acuerdo a la medida, necesidades y disponibilidad de las partes. Por contraste con las normas citadas, el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional —Reglamento. CNUDMI—, que es otro estándar generalmente utilizado en el arbitraje internacional y que sirve de referente para las leyes nacionales de arbitraje, no contiene reglas al respecto. Sin embargo, en los arbitrajes internacionales donde se pacta la aplicación del Reglamento CNUDMI, se suelen llevar a cabo las audiencias preliminares, ya sea por indicación de los árbitros o a petición de las partes. En general, se acepta que las audiencias preliminares son una herramienta de gestión donde es posible apreciar la experiencia y capacidad de los árbitros para conducir los arbitrajes, en congruencia con los principios de celeridad y economía que inspiran al arbitraje como medio de solución de controversias. La utilidad de las «conferencias preliminares» se aprecia especialmente en los casos complejos, ya sea por la materia, debido a que tratan sobre cuestiones técnicas, científicas o legales muy especializadas, o cuando se trata de casos con cuantías muy elevadas o con múltiples partes. Es usual que entonces se lleven a cabo varias audiencias preliminares, en la medida que se avanza con el trámite del caso. Para contar con un referente sobre cuantías, cabe precisar que la AAA, por ejemplo, califica como caso de elevada cuantía a los que pasan del medio millón de dólares norteamericanos. Otro aspecto importante es que las audiencias preliminares pueden servir para unificar y armonizar criterios, cuando se trate de un arbitraje que comprenda, por ejemplo, a partes habituadas a litigar a partir de la aplicación de normas de diversas «familias» jurídicas. Es entonces cuando la «audiencia preliminar» pasa a ser un factor interesante para asegurar el éxito del desarrollo del arbitraje. Prácticas como el *discovery*, la solución a *discovery disputes* o el establecimiento de reglas para el *cross examination* o para la presentación

de informes periciales o para la actuación de pruebas testimoniales, son organizadas y administradas a partir de la «audiencia preliminar», donde se fijan condiciones y reglas. En estos escenarios, la «audiencia preliminar» permite superar brechas culturales y metodológicas, e incluso permite la modificación o readecuación del convenio arbitral, mediante la negociación y celebración de un nuevo acuerdo entre las partes que permita ajustar el convenio arbitral a la realidad de la controversia y las necesidades de las partes.

(Autor: Franz Kundmüller/Círculo Peruano de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Derains, Yves. «La estandarización del procedimiento arbitral: ¿es ineluctable? ¿es positiva?». En *Arbitraje Internacional. Tensiones actuales.* Bogotá: Legis, 2007, pp. 157-170. Ball, Markham. «*The Initiation of Arbitration Proceedings: Whither Dost Thou Wander?».* En *ICSID REVIEW-FOREIGN INVESTMENT LAW JOURNAL, FOURTEENTH ICSID/AAA/ICC COURT COLLOQUIUM*, 1998, n.º 27, pp. 27-35. Kaufmann-Kohler, Gabrielle. «*Globalization of Arbitral Procedure*». En *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 36:1313 (2003); pp. 1314-1333. Informe de la Comisión de Arbitraje de la CCI: Controlar el Tiempo y los Costos en el Arbitraje. París: *ICC Publicación,* 2008, n.º 843.

VOCABLOS CONEXOS: Acta de misión (*terms of reference*). CNUDMI/UNCITRAL. Exhibición de hechos (*discovery*). Ley aplicable al arbitraje. Órdenes Preliminares. Procedimiento arbitral. Reglamento arbitral.

Confidencialidad

Confidencialidad es la cualidad de la información afectada por el deber de no ser divulgada. El deber de confidencialidad puede configurarse como una mera prohibición de divulgar la información, o también de adoptar los medios necesarios para preservar su privacidad.

La confidencialidad suele mencionarse como uno de los principios clave del arbitraje, y una de las grandes ventajas del mismo frente a los proce-

dimientos judiciales, y es recogida en la legislación arbitral de diversos países. En su más amplio sentido, la confidencialidad abarcaría la pretensión, las pruebas, los documentos, el laudo e incluso la existencia en sí de un arbitraje entre las partes. El deber de confidencialidad incumbe a los árbitros, a las partes, a los representantes legales de éstos, y en su caso, a las instituciones o cortes arbitrales.

Además de lo que pueda disponer la legislación arbitral aplicable, las partes son libres de suscribir acuerdos de confidencialidad, ya sea de manera individual, o por referencia a reglamentos de arbitraje institucional que contengan reglas sobre confidencialidad.

Poco controvertido suele ser el deber de confidencialidad de los árbitros y de las instituciones arbitrales, quienes están obligados a mantener la más estricta confidencialidad de todos los referidos supuestos. Tampoco es controvertido el carácter *in camera* —a puerta cerrada— de las vistas. Más problemático, sin embargo, es el deber de confidencialidad de las partes, el cual se torna en ficción en virtud del principio de la publicidad de la justicia, en el momento de que el arbitraje pasa a ser objeto de intervención de los tribunales estatales, por ejemplo, en el marco de la asistencia judicial al procedimiento arbitral, del procedimiento de anulación de laudo, o de la ejecución del mismo. Pero, mientras no se produzca una intervención judicial, la confidencialidad efectivamente puede ser una ventaja del arbitraje frente a la jurisdicción.

Debido a que ni las leyes ni los reglamentos arbitrales suelen contener reglas detalladas sobre la confidencialidad del arbitraje, es recomendable que las partes que tuvieren un interés especial en mantener la confidencialidad (por ejemplo, de secretos comerciales) la acuerden en la cláusula de arbitraje de manera detallada.

(Autor: Calvin Hamilton. Socio de Hamilton Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Mistelis, Loukas A. y Stavros L. Brekoulakis. *Arbitrability: International & Comparative Perspectives.* Kluwer Law International 2009. Arbitration in 50 jurisdictions worldwide (Global Arbitration Review 2010). Lew, Julian D.M., Loukas A. Mistelis y Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration.* Kluwer Law International, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: *Amicus curiae*. Audiencias. Corte de arbitraje. Reglamento arbitral.

Conflict check

Expresión inglesa que se utiliza en los grandes despachos de abogados para referirse al proceso interno de verificación de si hay algún conflicto de intereses o alguna conexión con las partes del pleito, cuando uno de sus letrados es propuesto como árbitro.

La independencia con respecto de las partes es un requisito que se debe cumplir para ser árbitro y que —al menos en el arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional— se manifiesta con la firma de la declaración de independencia en la que se hace constar que se es independiente absolutamente o con matizaciones. En bufetes de ámbito global, con numerosas oficinas por el mundo, el candidato a árbitro en un pleito concreto no puede estar totalmente seguro de su independencia con respecto de las partes y de ahí que inicie un trámite de comprobación de si algún otro jurista de su estructura estuvo asesorando o conectado a las partes del caso. El *conflict check* puede no ser suficiente si posteriormente, con los datos del asunto, se descubre que el árbitro o su oficina jurídica asesoraron a una compañía que resulta ser accionista de una de las partes. Lo habitual en esos casos es la renuncia voluntaria del árbitro. El riesgo de no hacerlo es la recusación por la parte que descubre ese vínculo —por remoto que sea— o la nulidad posterior del laudo. La política habitual de la Cámara de Comercio Internacional es no aceptar árbitros que no tengan declaraciones de independencia absoluta o

limpias, y sólo si hay acuerdo entre las partes sobre una persona con declaración matizada de independencia.

(Autor: Jordi Sallarés. Profesor de Derecho Internacional de la U. de Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Abstención de los árbitros. Confidencialidad. Designación de los árbitros. Imparcialidad de los árbitros. Independencia de los árbitros. Recusación de los árbitros. Nulidad del laudo.

Conflicto de leyes

1. Definición

Existe un conflicto de leyes cuando una situación jurídica queda afectada por diferentes ordenamientos jurídicos con los que presenta una determinada vinculación. Así, por ejemplo, existe un conflicto de leyes cuando se debe determinar la ley aplicable al matrimonio celebrado en Japón entre un alemán y una italiana que tienen domicilio en Francia. En este caso la cuestión sería: ¿cuál es la ley aplicable que regula dicho matrimonio?, ¿la ley nacional del esposo?, ¿la ley nacional de la esposa?, ¿la ley de celebración del matrimonio?, ¿la ley del domicilio de los esposos?

La función de las normas de conflicto es designar cuál de ellas es aplicable, teniendo en cuenta que cada ordenamiento tiene su propio sistema para realizar esta elección. En este caso concreto sería aplicable la ley nacional de las partes, pero al ser de diferente nacionalidad habría que pasar a otras conexiones como la del lugar de celebración. Por el contrario, los sistemas del *common law* acudirían a la ley más estrechamente vinculada con la situación, en este caso, posiblemente, la ley del domicilio común de las partes. Por último, otros ordenamientos optarían por la ley elegida por las partes, en el caso de que la hubiera, haciendo prevalecer así la autonomía de la voluntad.

2. Condiciones para que se presente un conflicto de leyes

La vinculación de una situación jurídica con uno o más Estados supone el desarrollo de relaciones internacionales entre los individuos, al mismo tiempo que es necesario que para resolver los problemas que esta situación pueda plantear, los sistemas jurídicos admitan la aplicación por sus tribunales de una ley extranjera.

Para ello, a diferencia de las normas de Derecho interno, que determinan directamente las consecuencias jurídicas de una situación de Derecho («el que matare a otro será condenado a pena de prisión»), la norma de conflicto de leyes es indirecta y mediata, de tal manera que su misión es designar el Derecho en el cual deberá encontrarse la consecuencia jurídica del caso en cuestión.

Retomando el ejemplo anterior, la norma de conflicto designará cuál es la ley aplicable al matrimonio, por ejemplo, la ley japonesa, debiendo determinar esta ley si el matrimonio es válido, las obligaciones y derechos de los cónyuges, etc.

La norma de conflicto es, por tanto, una norma bilateral y general que tiene como misión regular los conflictos entre los sistemas jurídicos de Derecho Privado, existentes en los ordenamientos estatales.

Desde una concepción clásica, los conflictos de leyes sólo son posibles en el Derecho Privado, dado que las normas de Derecho Público no tienen efecto extraterritorial. Sin embargo, una parte de la doctrina considera que esta afirmación es demasiado rígida y no tiene en cuenta la evolución actual del Derecho en su conjunto. Por esta razón cada vez más el conflicto de leyes actúa también en el Derecho Público.

Así, por ejemplo, las adopciones internacionales en las que se sigue un expediente previo de carácter eminentemente administrativo, son parte del conflicto de leyes, dado que confluyen personas de diferentes nacio-

nalidades (adoptante y adoptado), realizándose en muchos casos fuera del territorio donde, posteriormente, se exigirá su reconocimiento.

2.1. Conflictos de leyes entre sistemas jurídicos pertenecientes a Estados diferentes

El conflicto de leyes supone la existencia de diferentes sistemas jurídicos que son aptos para regir una situación jurídica que está relacionada con diferentes Estados. Se da, por tanto, una situación de carácter internacional.

Se debe tratar de Estados reconocidos internacionalmente según las normas de Derecho Internacional Público, si bien, la evolución de la doctrina y la jurisprudencia se dirigen hacia la aplicación de la ley de un Estado siempre que éste la aplique como tal, independientemente de haber sido reconocido por el gobierno del Estado del foro. Es el caso, por ejemplo, de países como Kosovo, que actualmente no tiene el reconocimiento de Estado pleno por la Comunidad internacional.

2.2. Conflicto de leyes entre sistemas jurídicos de un mismo Estado

Otra cuestión diferente es el reenvío que la norma de conflicto de un Estado haga la ley de un Estado no unificado en el que se dé un conflicto de leyes interno tanto de carácter interterritorial, como de carácter personal.

a) El conflicto de leyes interterritorial se produce cuando un Estado no tiene un sistema unificado por encontrarse dividido en entidades geográficas que se rigen por un Derecho propio. Es el caso de España, que a pesar de ser un Estado unitario, sus Comunidades Autónomas, cuentan con Derecho propio. En el caso de Alemania o los Estados Unidos de América, es su carácter de Estado federal el que les confiere la convivencia de diferentes ordenamientos.

Es diferente el conflicto interterritorial del conflicto internacional, dado que el primero será resuelto por la ley federal, mientras que el segundo deberá buscar su solución en el Derecho Internacional, sin perjuicio de que la norma de conflicto pueda encontrarse en la ley del foro (ley nacional) o en normas comunitarias como ocurre en el ámbito comunitario europeo con los reglamentos I y II.

Por ejemplo: ¿cómo se puede determinar el estatuto personal de un norteamericano? El Derecho Internacional Privado español remite a la ley nacional, pero en este caso no existe una ley federal americana, por lo que se deberá acudir a las normas de conflicto internas del Derecho americano para saber la ley de qué Estado Federal será aplicable.

b) El conflicto de leyes interpersonal o confesional se produce cuando el Estado aplica el Derecho en función de otros factores, como la religión o la pertenencia a un grupo de las personas. Es el caso de países como Israel o Líbano.

¿Qué ley se aplica a un litigio entre dos israelíes? Al no existir una única ley nacional (coexisten en Israel el ordenamiento musulmán, judío y cristiano), serán las normas de conflicto internas de Israel las que determinarán la ley aplicable, en este caso teniendo en cuenta la religión de las partes implicadas.

3. Los elementos relevantes en el conflicto de leyes

Para determinar cuál es la ley aplicable a una determinada situación que presenta elementos de internacionalidad se acude a la norma de conflicto, que remite a un número limitado de leyes aplicables, delimitado por categorías jurídicas, que no siempre coinciden con la categoría jurídica contenida en el Derecho interno. Para ello, la norma de conflicto cuenta con un elemento de conexión que es la ley que se encuentra más vinculada a la situación internacional.

Las leyes que se utilizan para determinar la regulación aplicable en estos casos no coinciden en todos los ordenamientos; sin embargo, se pueden agrupar en función de grandes bloques normativos:

a) Ley personal

Es aquélla que tiene en cuenta a la persona en función de su nacionalidad, domicilio o residencia habitual. Por ejemplo, todas las cuestiones relativas a la familia (matrimonio, obligación de alimentos, régimen económico matrimonial) se regulan por alguna de estas leyes.

b) Ley real

Se aplica a los bienes muebles e inmuebles. Por ejemplo, la ley del lugar de situación del bien inmueble es la que regula las relaciones contractuales y reales que afecten a estos bienes.

c) Ley local

Se refiere a la ley del lugar donde se ha celebrado el acto. Por ejemplo, la ley donde se ha celebrado el contrato puede ser la que regule los aspectos relativos a las obligaciones contractuales del mismo.

d) Ley de la autonomía de la voluntad

Es la ley elegida por las partes para regular un acto jurídico. Por ejemplo, en materia contractual, las partes pueden elegir la ley que regule el contrato.

e) Ley del foro

Es la ley del Estado en el que se encuentra el tribunal que está resolviendo un determinado litigio. El juez estará obligado a utilizar la ley del foro para todo lo relativo al proceso; sin embargo, no utilizará la ley

del foro para resolver el fondo del asunto, salvo que así lo establezca la norma de conflicto.

4. Las modalidades de las normas de conflictos de leyes

La norma de conflicto de leyes puede ser de tres tipos:

a) Jerárquica o subsidiaria

La norma de conflicto de leyes es jerárquica o subsidiaria cuando las diferentes conexiones se aplican unas en defecto de otras.

b) Alternativa

La norma de conflicto de leyes es alternativa cuando deja la posibilidad a las partes de elegir qué ley será aplicable.

c) Disyuntiva

La norma de conflicto de leyes es disyuntiva si remite a dos leyes aplicables independientemente la una de la otra.

(Autora: Carmen Parra. Profesora de Derecho Internacional/U. Abat Oliba de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Alonso, R. «La regla de conflicto como regla instrumental». *REDI*, 1972, vol. XXV, pp. 361-36. Batiffol, H. y P. Lagarde. Droit International, Privé, 1993, pp. 401-402. Goldman, B. «*Les conflits de lois dans l' arbitrage international de droit privé*». *RCADI*, 1963, vol. 109, pp. 368 y ss. González Campos, J.D. «El paradigma de la norma de conflicto multilateral». Madrid: Estudios A. Menéndez, 1996, pp. 5239-5270. Francescakis, P.H. *Conflits de lois (Principes Généraux).* E. Dalloz DI, vol. I, pp. 481-486. Loussouarn. «*L' evolution de la régle de conflit de lois*». *TCFDIP*, 1988 *(Problémes actuels de méthode en Droit international privé),* pp. 70-104.

VOCABLOS CONEXOS: Derecho aplicable al fondo del asunto. Reglamento comunitario n.º 44/2001.

Consejo Superior de Cámaras de Comercio

1. Naturaleza jurídica y régimen legal

El Consejo Superior de Cámaras de Comercio constituye una Corporación de Derecho Público, dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar para el cumplimiento de sus fines, cuya función es, con carácter general, representar, relacionar y coordinar las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

Su régimen jurídico se encuentra contenido en los artículos 18 a 22 de la Ley n.º 3/1993 de Cámaras Oficiales de Comercio, industria y Navegación y en el Reglamento de Régimen Interior, que, previa aprobación por el Pleno por mayoría absoluta, será sometido a la del Ministro de Economía.

2. Organización y funciones

Su estructura orgánica se compone de:

- El Pleno, órgano supremo de Gobierno y representación general del Consejo, integrado por los Presidentes de todas las Cámaras y ocho vocales elegidos por ellos entre personas de reconocido prestigio en la vida económica española.

- Un Presidente, que representa al Consejo Superior, preside todos sus órganos colegiados y es responsable de la ejecución de sus acuerdos.

- Seis Vicepresidentes.

- Un tesorero.

- El Comité Ejecutivo, órgano de gestión, administración y propuesta del Consejo Superior, integrado por el Presidente, los seis Vicepresi-

dentes el Tesorero y 25 miembros elegidos del Pleno. Sus competencias se establecen en el Reglamento de Régimen Interior del Consejo Superior.

En el Comité Ejecutivo necesariamente deberán estar presentes un Presidente de Cámara por cada Comunidad Autónoma, uno por Ceuta y Melilla y tres Presidentes más, uno por cada una de las tres Comunidades Autónomas con mayor número de Cámaras, así como uno de los ocho vocales de reconocido prestigio en la vida económica española que componen el Pleno.

En el artículo 18, apartado segundo, de la Ley n.º 3/1993, se detallan las funciones del Consejo Superior de Cámaras, en cuya letra *i)* se recoge la de desempeñar funciones de arbitraje mercantil, nacional e internacional, funciones que se desempeñan a través de la Corte.

(Autor: Pablo Fernando Poza Cisneros. Secretario General de la Corte Española de Arbitraje. Abogado del Estado).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje institucional. Corte de Arbitraje. Corte Española de Arbitraje.

Consolat de Mar (Consulado de Mar de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona)

El Consulado de Mar es el centro de resolución de conflictos de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona. Sus funciones son la administración de arbitrajes y sistemas alternativos de resolución de conflictos, así como la emisión de dictámenes periciales.

El Consulado de Mar como institución está regulado por su Ordenanza. Actúa a través del Consejo de Veinte, integrado por el presidente de

la Cámara de Comercio de Barcelona y por veinte cónsules, siendo diecinueve de ellos personas de reconocido prestigio en el ámbito empresarial y el vigésimo el presidente de la Lonja de Cereales de Barcelona.

Como centro contemporáneo de resolución de conflictos, el origen del actual Consulado de Mar data de 1956, cuando la Lonja de Cereales de Barcelona, ante la necesidad de encontrar una manera de resolver los conflictos que fuera ágil y comprendiera la realidad empresarial, y a la vista de que la Ley de Arbitraje promulgada en 1953 vetaba en su artículo 22 el desarrollo del arbitraje institucional en España, se propuso el resurgimiento del Tribunal del Consulado de Mar, la institución jurídico-mercantil medieval de origen mediterráneo, que fue creada por primera vez en 1063 en Trani (Italia) y que, en Barcelona, fue fundada en 1347 por Pedro III el Ceremonioso. Con este resurgimiento se inicia desde el Consulado de Mar una labor de estudio y promoción para que se regule el arbitraje corporativo y se institucionaliza un sistema de resolución de conflictos para las divergencias surgidas entre las empresas adheridas a la Lonja de Cereales de Barcelona. Este sistema, que no se llega a regular nunca por escrito y se desarrolla y consolida consuetudinariamente, recibe la denominación de Audiencia Consular, método precursor de los sistemas alternativos de resolución de conflictos que continúa vigente al día de hoy para las empresas adheridas a la Lonja de Cereales.

La Audiencia Consular consiste en un procedimiento mediante el cual, ante un conflicto, cualquier empresa adherida a la Lonja de Cereales puede dirigirse al Consulado de Mar para que sea éste quien convoque a la otra parte a una reunión confidencial, que se mantendrá entre las partes y con la asistencia de hasta un máximo de tres cónsules, a los efectos de intentar resolver de forma consensuada la divergencia. El hecho de la reunión y el contenido del acuerdo son confidenciales.

Un rol precursor lo ha tenido, asimismo, el Consulado de Mar en el desarrollo de la mediación como sistema alternativo, con la aprobación

en el año 2000 de su Reglamento de Resolución Consensuada de Conflictos, que fue, posteriormente, revisado en el 2009. Con la puesta en marcha de este servicio, el Consulado de Mar se adelantó en una década a la regulación de la mediación empresarial en España, que a día de hoy está en fase de anteproyecto, en transposición de la Directiva n.º 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

El Reglamento de Resolución Consensuada de Conflictos prevé su aplicación para los sistemas alternativos administrados por el Consulado de Mar, como lo es por antonomasia la mediación. Salvo prórroga de las partes, el procedimiento tiene una duración máxima de sesenta días y se rige por los principios de voluntariedad, confidencialidad, neutralidad, imparcialidad y flexibilidad. Los terceros neutrales que asisten a las partes en estos procedimientos son designados por el Consulado de Mar entre personas expertas en negociación y formadas en mediación.

El Reglamento de Arbitraje del Consulado de Mar sigue las pautas internacionales en materia de arbitraje institucional. De forma pionera, desde su última revisión en el año 2009, incorpora la posibilidad de que, durante el desarrollo del procedimiento de arbitraje y a solicitud de cualquiera de las partes o del propio Consulado, se puedan convocar comparecencias o conferencias telefónicas con las partes y sus representantes, para discutir sobre la posibilidad de iniciar un procedimiento de resolución consensuada de conflictos, bien con suspensión del procedimiento arbitral, bien de forma paralela al desarrollo de éste. En el supuesto de acordarse ese inicio, el tercero neutral del procedimiento de resolución consensuada será persona distinta de los árbitros del procedimiento arbitral.

El Consulado de Mar es Sección de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial y miembro del Fórum Mundial de Centros de Mediación.

(Mercedes Tarrazón. Socia de Dispute Managment).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Tarrazón Rodón, M.ª M., J.A. Ruiz García y M. Gili Saldaña. *Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, Departamento de Justicia*. Generalitat de Catalunya (pendiente de publicación). www.consolatdemar.org.

VOCABLOS CONEXOS: ADR. Arbitraje institucional. Conciliación. Corte de Arbitraje. Mediación.

Consumidores (ver «Arbitraje de consumidores y usuarios»; «Arbitraje de consumo colectivo»; «Arbitraje de consumo electrónico»; «Arbitraje de contratos financieros con consumidores»)

Constitucionalidad del arbitraje

Aunque no lo declare expresamente la Constitución Española, resulta posible que los litigantes decidan solucionar los litigios acudiendo a fórmulas extrajudiciales, siempre y cuando lo hayan decidido voluntariamente. Con ello, se consigue descargar de asuntos a la justicia ordinaria, pero también es buena muestra del fortalecimiento de la posición de los ciudadanos en la sociedad civil actual, ya que éstos pueden elegir libremente las vías mediante las cuales pueden lograr la solución de un litigio.

En principio, desde el momento en que los litigantes están de acuerdo en sustraer los asuntos de la justicia estatal en ámbitos disponibles, no debería haber impedimento alguno para el arbitraje, desde el punto de vista del Estado de Derecho, siempre y cuando se respeten también en los sistemas extrajudiciales los valores esenciales constitucionales. Otra cuestión diferente son los requisitos que se exigen para manifestar adecuadamente dicha voluntad y su compatibilidad con las previsiones constitucionales.

El principal obstáculo que el arbitraje ha de superar para sostener su legitimidad constitucional en España es el contenido normativo del artículo 117.3 de la Constitución Española, que establece el principio de exclusividad del Poder Judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional. Esta previsión no cabe entenderla en el sentido de que la justicia ordinaria goce de un monopolio absoluto en cuanto a la función de administrar justicia. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 125 de la Constitución Española, que establece que los ciudadanos pueden participar en la administración de justicia mediante la institución del jurado.

Por todo lo anterior, lo que no resulta constitucional es que a un litigante se le pueda impedir el acceso a la justicia estatal en contra de su voluntad. La justicia estatal no está obligada a resolver todos los conflictos sin excepción, debido a que las partes en conflicto pueden acordar acudir a una vía alternativa, en cuyo caso ésta tendrá un carácter preferente, por fundamentarse en la preeminencia de la autonomía de la voluntad en ámbitos del ordenamiento jurídico plenamente disponibles.

El elemento clave que legitima constitucionalmente la posibilidad de sustraer asuntos a la justicia estatal, para llevarlos a los cauces arbitrales, se encuentra recogido en el artículo 9 de la Ley de Arbitraje española n.º 60/2003, que regula los requisitos de forma y contenido del convenio arbitral. Allí se contempla que dicho convenio podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente y precisa que 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. El ámbito sobre el que puede manifestarse dicho acuerdo hay que buscarlo en el artículo 2 de la Ley de Arbitraje que señala que son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho. No debe confundirse la necesidad de atender al ordenamiento para dilucidar la disponibilidad de materias, con aquellos sectores del ordenamiento para los cuales se ha previsto expresamente la oportunidad de solucionar los conflictos acudiendo a arbitrajes.

Cuestión diferente son las dudas sobre la forma de manifestar la voluntariedad del arbitraje, que se han originado en España precisamente en torno a la regulación que se ha hecho en el ámbito de uno de estos arbitrajes sectoriales: el de transportes. A partir del mismo, se han formulado distintas resoluciones del Tribunal Constitucional argumentando sobre la constitucionalidad del arbitraje.

El Tribunal Constitucional español ha definido el arbitraje como un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes que supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En este sentido, el arbitraje se considera un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (STC n.º 174/1995). Sin embargo, en esta misma Sentencia se declaran inconstitucionales los arbitrajes obligatorios, debido a que en ellos las partes no pueden acudir a la justicia estatal, lo que rompe con el principio de exclusividad mencionado en el artículo 117.3 de la Constitución Española. En esta misma línea, se interpreta el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 Constitución Española como un derecho al conocimiento de los asuntos por un tribunal integrante del Poder Judicial.

En la STC n.º 352/2006 se ha detectado un esfuerzo en España para una mayor utilización del arbitraje, flexibilizando los requisitos y formas para prestar el consentimiento que resulta la base del convenio arbitral. De hecho, esta sentencia admite la constitucionalidad de aquellos arbitrajes en que el consentimiento de las partes a someterse a ellos se presupone por ley, si cualquiera de ellas pueda renunciar unilateralmente a la fórmula antes de que se manifieste el conflicto.

Para flexibilizar los requisitos que legitiman la constitucionalidad del arbitraje, como se ha hecho en España, habrá que atender a la confianza que despierten el funcionamiento de los arbitrajes en cada uno de los países. Por el momento, en España, en los arbitrajes de derecho, queda vedada la posibilidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad

ante el Tribunal Constitucional, por quedar ésta reservada en exclusiva a los tribunales ordinarios. En cualquier caso, la Constitución ha de ser respetada en todo sistema de solución de litigios, judicial o extrajudicial.

(Autora: Cristina Hermida del Llano. Prof. Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Almagro Nosete, J. *La justicia constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989. Escaler Bascompte, R. «El arbitraje y su legitimidad constitucional», recogido en el Capítulo 1 del libro colectivo *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Primera Parte (Director: Jorge Luis Collantes González), Lima: Estudio Mario Castillo Freyre/Palestra Editores, 2007, pp. 61-88. Cremades, Bernardo M. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». *Lima Arbitration*, 2006, n.º 1. Díaz Madrera, B. «El arbitraje y el Derecho de la Contratación Pública» en el Capítulo 4 del libro colectivo *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Primera Parte (Director: Jorge Luis Collantes González). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre/Palestra Editores, 2007, p. 155. Fairén Guillén, V. *Doctrina general del Derecho Procesal. (Hacia una Teoría y Ley Procesal Generales)*. Barcelona: Bosch, 1990. Guasp Delgado, J. *El arbitraje en el Derecho español*. Barcelona: Bosch, 1956. Martínez García, E. «La inconstitucionalidad del artículo 38.2 pfo. 1 de la Ley de Transportes Terrestres; en torno a la STC n.º 174/1995», *Actualidad Civil*, n.º 28, semana 7 a 13 de julio, pp. 623 y ss. Pérez Gordó, A. «La inconstitucionalidad de las leyes en el arbitraje». En *Estudios de Derecho Procesal*. Pórtico, 1981.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitrabilidad; Árbitro; Autonomía de la cláusula arbitral. Control judicial (del arbitraje). Cosa juzgada. Ejecución del laudo. Igualdad de las partes. Imparcialidad; Indefensión. Independencia. Neutralidad. Orden Público. Principios del arbitraje.

Contestación

La estructura del procedimiento arbitral impone por un lado una dualidad de partes en posiciones contradictorias y, por otro lado, un tribunal arbitral o árbitro que debe decidir la controversia. La forma contradictoria y el principio de audiencia llevan necesariamente a un derecho a la contestación. Así, cada parte debe tener la oportunidad de presentar

argumentos y, a su vez, debe tener la oportunidad de contestar a la parte contraria sobre los mismos (estos principios los recogen la mayoría de legislaciones que tratan el arbitraje, por ejemplo, el artículo 182.3 de la Ley sobre Derecho Internacional Privado suiza). En palabras del Tribunal Federal suizo, «[e]l derecho de audiencia confiere a cada una de las partes la facultad de desarrollar todo los argumentos de hecho y de derecho concernientes al objeto del litigio y de presentar todas las pruebas necesarias, así como participar en las audiencias y de ser asistido o representado ante los árbitros; en cuanto al principio de contradicción, éste garantiza a cada una de las partes la facultad de pronunciarse sobre los medios presentados por su adversario, de examinar y de discutir la prueba por él presentada y de refutarla con sus propias pruebas». (Sentencia del TF 117 II 346, 348). Ver también el artículo 24 de la Ley de Arbitraje española.

Ello implica para las partes la obligación de comunicar a su adversario todo documento o petición sometido al tribunal arbitral (ver artículo 30.3 de la Ley de Arbitraje española).

No se debe más que la oportunidad de contestar. Si no se aprovecha dicha oportunidad, no puede haber motivo de crítica. En relación con esto puntualizamos que la mayoría de los reglamentos de las instituciones arbitrales especifican que en caso de incomparecencia de una parte, el tribunal puede proseguir el arbitraje y dictar laudo, ver por ejemplo, el artículo 28 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, basado principalmente en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976.

Sin embargo, la parte que considere que se le ha denegado un derecho a contestar debe protestar con la mayor brevedad posible. Así, el Tribunal Federal suizo ha dictaminado que la parte que no pida una prórroga para poder someter sus comentarios sobre los nuevos escritos o pruebas presentadas por la parte contraria, no podrá prevalecer en una acción de nulidad del laudo motivada en una falta de oportunidad para presentar una contestación (sentencia del TF de 7 de septiembre de 1993, ASA Bull. 1994, p. 248).

El tribunal debe dar un plazo razonable para el ejercicio del derecho de contestación. Este principio también lo recogen la mayoría de las legislaciones que tratan el arbitraje y también los reglamentos de arbitraje (ver, por ejemplo, el artículo 15.2 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI y el artículo 15.1 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional).

La forma en que se garantizará el derecho a la contestación dependerá de cada caso. Además, no hay una práctica establecida (ni reglamentación) que determine cuál de las partes tendrá el derecho a contestar en última instancia, cuestión que varía según el sistema jurídico de cada país en el contencioso ordinario. Esto lo deberán decidir las partes de común acuerdo o lo deberá decidir el tribunal. Puede también influir la presentación de una demanda reconvencional.

El arbitraje internacional resulta cada vez más estandarizado, por lo que dentro del calendario procedimental suele haber un escrito inicial de demanda y otro de contestación, antes de la constitución del tribunal, seguido de dos tandas de escritos (con las pruebas correspondientes anexadas) luego de haberse constituido el tribunal y antes de la audiencia. Después de la audiencia puede que se prevea una o incluso dos tandas adicionales de escritos (la presentación puede ser simultánea o consecutiva). En la audiencia, es habitual que las partes hagan también una presentación de sus argumentos. Siendo muy frecuente que el objetivo principal de la audiencia sea la audiencia de testigos, las presentaciones orales por las partes de sus argumentos (con las correspondientes contestaciones) pueden realizarse antes de la audiencia de los testigos y/o después de la misma.

Con tanta oportunidad de presentar pruebas y de contestarlas, se puede uno plantear cuáles son los límites del derecho a la contestación. Por ejemplo, en contestación a los argumentos de su contrincante, una de las partes podría presentar pruebas periciales en la fase post-audiencia (aun habiéndose podido presentar las pruebas en fase anterior a la au-

diencia) por diversos motivos, como pueden ser el afán de alargar el procedimiento o por simples razones de oportunidad. Si se aceptaran dichas pruebas tardías, el tribunal se vería también obligado a dar a la otra parte una nueva oportunidad de contestar (incluyendo posiblemente una nueva audiencia). Planteada dicha situación, un tribunal podría rechazar la presentación de dichas pruebas estimándose que se dio suficiente oportunidad de contestación antes de la audiencia. En definitiva, un tribunal no debe permitir que las partes abusen de su derecho de contestación.

Merece ser comentado el derecho de audiencia en el marco de los argumentos jurídicos que pueda considerar pertinentes el tribunal arbitral, y que no hayan sido desarrollados por las partes. El principio *iura novit curia* (o *iura novit arbiter*) opera con más o menos fuerza dependiendo del sitio del arbitraje. En Inglaterra, la jurisprudencia estima que los aspectos jurídicos (y fácticos) de una controversia no pueden ser decididos por un tribunal arbitral sin previo debate por las partes, siendo por ello necesario una oportunidad de contestación a cualquier argumento jurídico (o fáctico) que el tribunal considere pertinente, si éste no ha sido debatido por las partes, siempre y cuando un argumento en el sentido contrario pueda argumentarse razonablemente («*provided always that the opposite conclusion is at least reasonably arguable*» - *Vee Networks Ltd. vs. Econet Wireless International Ltd.* ([2005] 1 Lloyd's Rep 192), *OAO Northern Shipping Co vs. Remolcadores De Marin SL* ([2007] EWHC 1821 (Comm)). En cambio en Suiza, el principio de *iura novit curia* se deja de aplicar sólo en circunstancias particulares. Como directriz general, el Tribunal Federal ha establecido que un tribunal arbitral debe aplicar el derecho de oficio «sin que el tribunal arbitral necesite llamar la atención de las partes sobre la existencia de un problema jurídico», aunque el derecho a la defensa requiere que los árbitros den una oportunidad de comentar (contestar) los argumentos jurídicos del tribunal arbitral, si éste tiene la intención de «fundamentarse en argumentos jurídicos que no son conocidos por las partes y que no pudieran haber predicho» (sentencia del TF de 2 de marzo de 2001, ASA Bull. n.º

3/2001, pp. 531-536; sentencia del TF de 19 de diciembre de 2001, ASA Bull. n.º 3/2002, pp. 493-513).

(Autores: Domitille Baizeau, Socia, LALIVE, Ginebra.
Jaime Gallego, Asociado Sénior, LALIVE, Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GAILLARD, E. y J. SAVAGE (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* Kluwer Law International (1999). POUDRET, J.F. y S. BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Sweet & Maxwell, 2007, Second Edition.

VOCABLOS CONEXOS: Incongruencia arbitral. Contestación de la demanda. Defensa y contradicción. Indefensión. Derecho aplicable al fondo del asunto. Prueba pericial. Réplica.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante la «contestación de la demanda», la parte demandada contesta la demanda con argumentos de todo tipo, incluyendo los basados en la falta de competencia del tribunal, la no admisibilidad de la demanda o sobre el fondo. En la práctica, se formula siempre por escrito. No se debe confundir con la reconvención, aunque esta última pueda presentarse al mismo tiempo que la contestación de la demanda.

La recoge el artículo 5 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, el cual requiere a la parte demandada para presentar la contestación de la demanda de arbitraje dentro de los «30 días siguientes a la recepción de la demanda enviada por la Secretaría …». El mismo artículo relata el contenido necesario («deberá contener») de la contestación, aunque se debe tener en cuenta que el Reglamento no pretende que las partes circunscriban sus alegaciones a un solo escrito. Al contrario, en un arbitraje administrado por la CCI, la contestación de la demanda bajo el artículo 5 suele contener una breve exposición de la defensa de la parte demandada (en sintonía con una demanda también breve, siendo éste el primer escrito en un arbitraje

administrado por la CCI), la cual se suele desarrollar en los escritos posteriores. No se requiere que contenga la objeción que pueda estimar pertinente el demandado con respecto a la competencia del tribunal, pudiendo el demandado presentar su objeción en un momento posterior, aunque cuanto más tarde lo deje, más posibilidades habrá de que se considere que se ha renunciado a esta defensa.

El artículo 21 del Reglamento de Arbitraje CNUDMI (revisado en el 2010) expone lo siguiente en el primer párrafo: «El demandado deberá comunicar por escrito su contestación al demandante y a cada uno de los árbitros dentro del plazo que determine el tribunal arbitral». El término «contestación» de la demanda en el supuesto del Reglamento de Arbitraje CNUDMI se plantea en un momento posterior al momento en el que se plantea en el Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. En el Reglamento de Arbitraje CNUDMI se intercambiará en un primer momento la notificación del arbitraje (artículo 3) y la respuesta a la notificación del arbitraje (artículo 4), seguido del escrito de demanda (artículo 20) y la contestación de la demanda (artículo 21). El Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional consta de un esquema muy similar al Reglamento de Arbitraje CNUDMI (ver también las Reglas de Arbitraje del CIADI en su Regla 31).

El artículo 29 de la Ley de Arbitraje n.º 60/2003 también recoge el término «contestación», lo cual supone una novedad con respecto a la Ley de Arbitraje de 1988, estableciéndose que «el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda». La ley española anuda una consecuencia importante a la presentación de la contestación de la demanda (o la expiración del plazo para presentarla): a partir de este momento empieza a correr el plazo (dispositivo) de seis meses para dictar el laudo, según su artículo 37.2. También menciona el artículo 29 en su segundo apartado, que «[s]alvo acuerdo en contrario de las partes, cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos

que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho».

(Autores: Domitille Baizeau, Socia, LALIVE, Ginebra. Jaime Gallego, Asociado Sénior, LALIVE, Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: GAILLARAD, E. y J. SAVAGE (Ed.). *Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration.* Kluwer Law International, 1999. GONZÁLEZ SORIA, Julio (Coord.). *Comentario a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre*. Navarra: Aranzadi (2004). DERAINS, Y. y E. SCHWARTZ. *A guide to the ICC Rules of Arbitration*. Kluwer Law International, 2005, Second Edition.

VOCABLOS CONEXOS: Contestación. Demanda arbitral. Reconvención. Réplica.

CONTRADICCIÓN (VER «DEFENSA Y CONTRADICCIÓN»)

CONTRACT CLAIM (ver *«CONTRACT CLAIMS VS. TREATY CLAIMS»*).

CONTRACT CLAIMS VS. TREATY CLAIMS

En multitud de ocasiones, la inversión extranjera se articula por medio de contratos directos entre el inversor y el Estado receptor de la inversión o alguna de sus subdivisiones territoriales u organizativas. Esto da lugar a que una misma actuación del Estado receptor de la inversión pueda tener una vertiente de incumplimiento contractual y, simultáneamente, de incumplimiento del tratado de protección de la inversión suscrito entre el Estado receptor de la inversión y el Estado del inversor. Esta simultaneidad puede generar importantes interferencias en cuestiones, tales como la jurisdicción del tribunal arbitral nombrado al amparo del tratado de protección de inversiones para decidir reclamaciones de una u otra naturaleza, el efecto de la cláusula de resolución

de disputas contenida en el contrato, la posibilidad y el efecto de la existencia de procedimientos simultáneos, el Derecho aplicable a unas u otras pretensiones o la determinación de los remedios (acciones) e indemnizaciones aplicables.

Como punto de partida, debe señalarse que, en principio, los tribunales arbitrales constituidos al amparo de los tratados de protección de inversiones (ver término APPRI) son competentes para decidir acerca de reclamaciones basadas en las vulneraciones cometidas por el Estado receptor de la inversión de sus obligaciones y estándares de tratamiento contenidos en el propio tratado: es decir, las reclamaciones bajo el tratado o *Treaty Claims*. También en principio, las reclamaciones de naturaleza puramente contractual (*Contract Claims*) quedarán excluidas de la jurisdicción del tribunal arbitral constituido al amparo del tratado de protección de inversiones, y quedarán sometidas al foro aplicable al contrato de inversión (frecuentemente, los tribunales del Estado receptor de la inversión).

Sin embargo, y como se ha señalado, cuando existe un contrato de inversión, con frecuencia los incumplimientos del tratado de protección de inversión estarán relacionados, sino directamente constituidos por, incumplimientos contractuales del Estado. Así, por ejemplo, un Estado puede incumplir su obligación de otorgar al inversor un Tratamiento Justo y Equitativo mediante la sistemática vulneración de sus obligaciones contractuales. En ese caso, un tribunal arbitral constituido al amparo de un tratado de protección de inversiones se verá obligado a analizar hechos relativos a la ejecución del contrato, e incluso a determinar, con carácter prejudicial, si ha habido o no un incumplimiento del mismo, siendo competente para ello, incluso aunque exista una cláusula expresa y exclusiva de selección de foro contenida en el contrato de inversión (*Lanco v. Argentina*, Laudo de Jurisdicción, 1998, APPRI Argentina-Estados Unidos; *Aguas de Aconquija vs. Argentina*, Primer Laudo, 2000 y Primera Decisión de Anulación, 2002, APPRI Argentina-Francia; *Salini vs. Marruecos*, Laudo de Jurisdicción, 2001, APPRI Italia-Marruecos).

Pero, no todo incumplimiento contractual constituirá, de por sí, una infracción del tratado. Por ejemplo, el impago de ciertas cantidades previstas contractualmente no tiene por qué constituir un incumplimiento de las obligaciones y estándares de tratamiento previstos en el tratado. Para estos incumplimientos (como para cualquier incumplimiento contractual) el inversor tendrá expedita la vía de acudir al foro contractual competente. Si los tribunales competentes para resolver las disputas derivadas del contrato son los del Estado receptor de la inversión, su actuación y su decisión podrían dar lugar, eventualmente, a una reclamación autónoma conforme al tratado. Lo mismo podría ocurrir si el Estado frustrara de alguna forma o privara al inversor de acceso al mecanismo de resolución de controversias previsto en el contrato.

Otra cuestión interesante es la del Derecho aplicable: mientras para decidir una reclamación conforme al tratado serán de aplicación el tratado y el Derecho previsto en él (que suele incluir una referencia al Derecho Internacional), una reclamación conforme al contrato debe resolverse bajo el Derecho aplicable al propio contrato, que en muchas ocasiones será el del Estado receptor de la inversión. El Estado, como ente soberano, tiene la potestad de modificar el Derecho aplicable a su antojo, sin que el inversor tenga, contractualmente, ninguna acción contra dicha modificación normativa. Sin embargo, una modificación de la ley aplicable por parte del Estado podría dar lugar, eventualmente, a una reclamación conforme al tratado de protección de inversiones.

Por otra parte, un gran número de tratados contiene lo que viene conociéndose como *umbrella clause* o cláusula paraguas, que, con diferentes redacciones y alcances, establece, como obligación del Estado receptor de la inversión, el respeto a los compromisos dados (ver término cláusula paraguas). Esta obligación bien puede entenderse como que incluye el respeto a las obligaciones de naturaleza contractual. Por ello, algunos autores y jurisprudencia han defendido la llamada interpretación maximalista de la *umbrella clause*, que convertiría cualquier incumplimiento contractual en un incumplimiento del tratado. De acuerdo con esta interpretación,

una reclamación contractual podría ejercitarse como tal, por medio de la cláusula de resolución de disputas prevista en el propio contrato; o como infracción del tratado, mediante la vía de la resolución de disputas prevista en éste. Ésta es la postura acogida por el tribunal arbitral en el asunto *SGS vs. Filipinas* (Laudo de Jurisdicción, 2004, APPRI Filipinas-Suiza).

Sin embargo, en el asunto *SGS vs. Pakistán* (Laudo de Jurisdicción, 2003, APPRI Pakistán-Suiza), otro tribunal arbitral adoptó, meses antes, una interpretación completamente opuesta, según la cual, la *umbrella clause* no podía interpretarse en el sentido de elevar al rango de incumplimiento del tratado cualquier infracción contractual. En *El Paso vs. Argentina* (Laudo de Jurisdicción, 2006, APPRI Argentina-Estados Unidos), un tribunal arbitral concluyó que la *umbrella clause* no podía convertir cualesquiera reclamaciones contractuales en reclamaciones bajo el tratado, sino únicamente aquéllas que el Estado hubiera asumido en su condición de soberano, como era el caso de las cláusulas de estabilización incluidas en el contrato de inversión.

Por otra parte, la concreta redacción de la provisión de resolución de disputas entre inversor y Estado, contenida en los tratados de protección de inversiones, también puede ser utilizada para permitir que un tribunal arbitral constituido al amparo de un tratado conozca reclamaciones contractuales derivadas de un contrato de inversión. Así, cuando la cláusula de resolución de disputas entre inversor y Estado se refiere a «todas las disputas entre inversor y Estado» o a «todas las disputas relativas a la inversión», cabe entender que puede incluir tanto reclamaciones bajo el tratado como reclamaciones derivadas del contrato de inversión. Sin embargo, cuando el tratado sólo se refiere a «disputas derivadas del tratado» o a «reclamaciones bajo el tratado», es evidente que las reclamaciones contractuales quedarán fuera de la jurisdicción del tribunal arbitral que se constituya al amparo del tratado.

Una última cuestión relativa a las relaciones entre las reclamaciones contractuales y las derivadas del tratado se refiere a las cláusulas de *fork-*

in-the-road o de opción irrevocable contenidas en algunos tratados (ver término cláusula de opción irrevocable). Los tratados de protección de inversión suelen dar al inversor diferentes opciones para presentar sus reclamaciones conforme al tratado, contra el Estado. Habitualmente, estas opciones suelen incluir los tribunales locales y una o varias posibilidades de arbitraje internacional, a elección, normalmente, del inversor. Muchos de estos tratados establecen una norma de elección, que, de forma más o menos explícita, hacen que la elección del inversor resulte irrevocable: es decir, que una vez intentada la reclamación en una de las vías previstas, quedan vedadas las demás. Una vez más, debe hacerse valer aquí la distinción entre *contract claims* y *treaty claims*. Así, el hecho de que el inversor haya formulado una reclamación contractual ante los tribunales locales no debería impedir que el inversor pueda formular ante un tribunal arbitral constituido al amparo del tratado una reclamación conforme al tratado, basada en los mismos hechos o incluso referida a los mismos incumplimientos. Sin embargo, el laudo dictado en el asunto *Pantechniki vs. Albania* (2009, APPRI Albania-Grecia) rechazó una reclamación del inversor conforme al tratado, en el que existía una cláusula que obligaba al inversor a elegir entre tribunales nacionales y arbitraje internacional, puesto que el inversor ya había formulado una reclamación conforme al contrato ante los tribunales albaneses «sobre las mismas bases fundamentales».

(Autor: Alejandro López Ortiz. Abogado, Hogan Lovells International LLP)

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Alexandrov, S.A. «Breaches of Contract and Breaches of Treaty. The Jurisdiction of Treaty-based Arbitration Tribunals to Decide Breach of Contract Claims in SGS vs. Pakistan and SGS vs. Philippines». En *The Journal of World Investment & Trade*, 2004, vol. 5, n.º 4, pp. 555-577; Alexandrov, S.A. «The Vivendi Annulment Decision and the Lessons for Future ICSID Arbitrations —The Applicant's Perspective—». En *Annulment of ICSID Awards*. Gaillard, E. e Y. Banifatemi, (Editores), 2004, pp. 97-121; McLachlan, C., L. Shore y M. Weiniger. *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford University Press, 2007.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRIs). Arbitraje de inversiones. Cláusula de opción irrevocable (*fork in the road clause)*. Cláusula paraguas (*umbrella clause*). Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones.

Contradicción (ver «Defensa y contradicción»)

Contratos públicos (noción en el Derecho interno) (ver también «Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)».

Son contratos públicos los celebrados, con carácter oneroso, por entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público. Dentro de ellos, existen dos categorías: los contratos administrativos, competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, y los contratos privados, cuyo conocimiento se atribuye a la jurisdicción ordinaria. En cuanto al régimen jurídico de estos contratos, la mayoría de ordenamientos, a excepción, por ejemplo, de Francia y, por su influencia, de España, incluyen la práctica totalidad de la regulación de la contratación del sector público en el derecho privado.

La categoría de los contratos administrativos, procedente del Derecho francés, ha sido definida desde diferentes perspectivas, empleándose diferentes criterios y teorías:

a) Criterio subjetivo: Atiende a los sujetos intervinientes en el contrato, de modo que la intervención de la Administración Pública, como parte en el contrato, es suficiente para calificar la contratación como administrativa.

b) Criterio de la Jurisdicción: El criterio de la jurisdicción consiste en establecer que hay contratación administrativa en aquellos casos en que compete conocer a la jurisdicción administrativa, por disponerlo un precepto legal, por haberse pactado, o por decidirse jurisdiccio-

nalmente, por sus modalidades propias, que corresponde a la Jurisdicción administrativa.

c) Teoría del servicio público: La calificación del contrato como público se hace depender de su objeto. Es decir, nos hallamos ante un contrato administrativo si éste tiene como objeto la organización o el funcionamiento de un servicio público y ante un contrato civil en caso contrario.

d) Teoría de la cláusula exorbitante, según la cual la existencia de cláusulas excepcionales o exorbitantes del derecho común en el contrato, permite incluirlo en la categoría de los contratos administrativos frente a los contratos privados.

Combinando los criterios anteriores, podría definirse el contrato administrativo como un acuerdo de voluntades entre una Administración y un particular, o entre dos Administraciones, celebrado con una finalidad de interés público y que, por ello, está sometido a un régimen jurídico exorbitante del Derecho común, que otorga una serie de prerrogativas a la Administración, colocando al contratista en una posición de subordinación respecto a ésta.

Como se ha señalado, la Administración ejerce una serie de prerrogativas en la ejecución de los contratos, concretadas por los ordenamientos jurídicos internos. Así, por ejemplo, en España, la Ley n.º 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público, confiere al órgano de contratación, dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la citada Ley, la facultad de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución, y determinar los efectos de ésta.

El reconocimiento de estos extraordinarios poderes, que proyectan una profunda desigualdad entre las partes, conlleva el reconocimiento, en

los respectivos ordenamientos jurídicos, de ciertas contrapartidas para el contratista (compensación por el ejercicio del *ius variandi*, indemnizaciones de daños a terceros, compensaciones dinerarias por mora de la Administración, indemnización derivada del *factum principis*, excepciones al principio de riesgo y ventura, etc.).

Este sector de la contratación administrativa, como viene destacando la doctrina, dado su carácter convencional, se manifiesta como una de las materias más idóneas para el arbitraje y, por tanto, como uno de los campos en los que preferiblemente debiera incentivarse la solución de conflictos a través de medios arbitrales y de la conciliación. Desde distintos sectores se ha enfatizado acerca las ventajas que conllevaría el empleo de este modo de resolver los conflictos derivados de los contratos públicos (la celeridad, la especialización, flexibilidad, la confidencialidad, la economía, y la desnacionalización de la justicia...), lo que ha llevado a muchos países a revisar sus normas en orden a favorecer el uso de esta figura en materia de contratos públicos.

Si bien en muchos ordenamientos jurídicos se viene admitiendo la utilización de la institución arbitral en relación con la totalidad de los contratos públicos, regulados, como señalábamos, por las normas de Derecho Privado, en otros, como el español, únicamente determinados contratos públicos pueden someterse al arbitraje común (los celebrados por entidades públicas que no tengan la condición de Administraciones Públicas) y exclusivamente para la resolución de diferencias que puedan surgir sobre los efectos, cumplimiento o extinción de los contratos. No ocurre lo mismo, no obstante, con los contratos administrativos, entendiendo por tales los celebrados por una Administración Pública, para los que queda expresamente excluido el uso de dicho mecanismo de resolución de conflictos, al no haber quedado aun solventadas las dudas acerca de su constitucionalidad en referencia a las entidades administrativas. Ello, sin perjuicio de los tratados internacionales que vinculen al Estado o del sistema CIADI, al cual España está vinculada.

(Autora: Beatriz Díaz Madrera. Abogada. Oviedo).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *AA.VV. Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público (IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía)*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2003; Ferret i Jacas, J. «Límites al arbitraje administrativo». *Revista Andaluza de Administración Pública*, 1999, n.º 35; Parada Vázquez, R. *Derecho Administrativo* I. Madrid: Marcial Pons, 2004, 15.ª. Ed. Pozo Vilches, J. «Arbitraje y Contratos Públicos». *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Madrid: Cívitas, 2002; Trayter, J.M. *«El Arbitraje de Derecho Administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas»*, *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley n.º 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995 y «El arbitraje de Derecho Administrativo»*, Revista de Administración Pública*, 1997, n.º 143.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje del Estado (Arbitraje en contratos públicos). Constitucionalidad del Arbitraje *Contract claims vs. Treaty Claims*. Terminación convencional de los procedimientos administrativos. Arbitraje en la contratación pública.

Control del laudo en el arbitraje de inversiones

La fase post arbitral en el arbitraje de inversiones, ante el CIADI, presenta aspectos que lo diferencian notablemente del arbitraje internacional y del arbitraje, en general. El sistema trata de consagrar en su grado máximo la desvinculación del control de los laudos por los tribunales judiciales, que es el supuesto normal y prácticamente consolidado ya en el arbitraje en general, en el que son los tribunales judiciales los que proceden a su revisión, normalmente a través de una acción típica, que es la acción de anulación, y a través del trámite de reconocimiento y ejecución para los laudos extranjeros.

En el arbitraje diseñado ante el CIADI por el Convenio de Washington de 1965, este esquema resulta significativamente alterado, en el sentido pretendido de dotar de mayor autonomía y deslocalización al arbitraje, evitando la intervención de los tribunales estatales. De esta manera, el

reconocimiento y ejecución de laudos sigue un procedimiento autónomo mediante el que los Estados firmantes del Convenio se comprometen a ejecutar los laudos del Centro como si de sus propias sentencias nacionales se tratara. Se renuncia así, de forma velada pero certera, al trámite de reconocimiento, pasando directamente a la ejecución en los términos precisos para las sentencias nacionales.

Como también, participando de la misma idea de no injerencia de los tribunales estatales, el control inevitable sobre los laudos recae en específicos órganos emanados del Centro. Esta acción de anulación especial es al mismo tiempo excepcional. Pero, una vez en marcha el procedimiento, las limitaciones propias del control de los laudos arbitrales se imponen, aunque no siempre la práctica arroje la plena autonomía arbitral, evitando a toda costa una revisión de fondo sobre los laudos dictados, enmascarándola bajo un uso extensivo y abusivo de los motivos de la anulación.

En general, el régimen de la revisión y control de los laudos dictados en arbitrajes tanto internos como internacionales se alinea sobre un determinado patrón que implica:

a) Prohibición de la revisión de fondo, consagrando la progresiva autonomía de la institución arbitral respecto de la jurisdicción estatal o judicial propiamente dicha. La línea evolutiva ha progresado en el sentido de erradicar formas de control que implicasen de alguna manera, a través de los recursos apropiados, como la apelación o la casación, una revisión en cuanto al fondo, estableciendo así el carácter independiente de la justicia arbitral.

b) El alineamiento de las formas de control sobre laudos, sobre criterios o causas extrínsecas a la decisión misma. Se trataría, en esta perspectiva, de formular un control sobre aspectos exteriores a la decisión misma, y relativos a la forma en que se ha dictado la sentencia, el uso de los poderes de los árbitros, etc., en un plano distinto al de la so-

lución intrínseca de la controversia. Esto es, por las causas y motivos que hoy en día aparecen de manera universal en la acción de nulidad contra el laudo arbitral, en las legislaciones nacionales sobre arbitraje y en las fuentes internacionales, fundamentalmente la Convención de Nueva York (artículo V), para el reconocimiento y ejecución de los laudos extranjeros.

c) La tasación de las causas de control sobre el laudo, de manera que sólo unas determinadas causas, con carácter limitativo, se consideren susceptibles de efectuar un control sobre los laudos recaídos. Se advierte al propio tiempo un alineamiento de estas causas o motivos en las dos formas de control del arbitraje internacional: las que son motivo de rechazo del reconocimiento y ejecución de un laudo, cuando se solicita en un país y de conformidad a la Ley de Arbitraje o las Convenciones Internacionales aplicables, fundamentalmente la Convención de Nueva York, con aquellas otras que aparecen como causas o motivos de la acción de nulidad del laudo, y nucleadas en torno a las condiciones de producción de la sentencia y al ejercicio de los poderes de los árbitros, con salvaguardia en suma del concepto de orden público.

d) La competencia a cargo de los tribunales judiciales, excluyendo cualesquiera formas de control endogámico, por parte de las instituciones arbítrales u otras autoridades o administraciones.

El sistema del control de los laudos recaídos en procedimientos sobre arbitraje de inversiones, al amparo de los Acuerdos Bilaterales de Promoción de Inversiones (APPRIs), o en los de carácter multilateral regional o de ámbito material, obedece, en general, a estos predicamentos.

Sin embargo, existe una importante desviación en relación a esos lineamientos generales, ya que el control establecido por el Tratado de Washington, en los procedimientos que se desarrollan ante el CIADI, sobre los laudos dictados, se hace sobre la base de la competencia que

se otorga a unos órganos, los Comités *ad-hoc*, que se incardinan dentro de la estructura del propio Centro. Se trataría en suma de un control, no a cargo de los tribunales judiciales, como es el supuesto normal y mas extendido de control sobre el arbitraje, en una función prototípica y consolidada que han adquirido los tribunales de este orden en relación al arbitraje, sino un control endogámico, a cargo de órganos de la propia organización a la que se debe el laudo que es objeto de revisión.

Por lo demás, las reglas que marcan la autonomía institucional del arbitraje, como las tales causas tasadas, el impedimento de la revisión de fondo, la naturaleza de los motivos, extrínseca a la propia decisión, se mantienen, como es propio de cualquier arbitraje y singularmente, en un grado de universalización bastante consagrado, del arbitraje internacional, marcando así nítidamente su autonomía y deslocalizacion de cualquier orden estatal y su autonomía e independencia.

Y es precisamente este imperativo de deslocalización completa, haciendo depender el control de los laudos de los Comité *ad-hoc* constituidos en el seno de la organización, lo que ha pesado finalmente en la configuración de tan peculiar aspecto respecto de otros tipos de arbitraje internacional, tanto comercial como de inversiones, y del arbitraje a secas. Circunstancia ésta particularmente sensible en los arbitrajes internacionales de inversiones en los que el arbitraje es fundamentalmente un arbitraje de tipo unilateral, en el que en virtud de los Tratados (APRIS) de aplicación, el arbitraje es de sentido único, siendo el Estado receptor de las inversiones el demandado y los inversionistas definidos conforme al Convenio de los demandantes. La conveniencia de alejar a los tribunales de la sede del arbitraje en el control de los laudos dirigidos contra los Estados, y el carácter que va adquiriendo el arbitraje de inversiones como instrumento de control de la legalidad internacional en esta materia, ha contribuido de manera notable a crear esta suerte única de control endogámico a cargo de órganos emanados de la organización, el CIADI.

Ello no quiere decir que sea este sistema exclusivo de los arbitrajes internacionales de inversiones. Sólo cuando rige el Convenio de Washington de 1965 y sus reglas de procedimiento se establece este tipo de control. Pero, no cuando el arbitraje sobre una inversión se rige por cualquier otra ley, o reglamento institucional, (CCI; LCI; AAA) o cuando se instituye como arbitraje *ad-hoc* o reglamentado por reglamentos tipo UNCITRAl, incluso cuando el Convenio de Washington no es aplicable por no haber sido ratificado por alguno de los Estados miembros vinculados por un Convenio bilateral o multilateral sobre inversiones, por ejemplo, el de los países de América del Norte, y entra en juego el Mecanismo Complementario.

En todos estos supuestos, el control de los laudos se hace por los tribunales judiciales que sean competentes en función de la ley aplicable al arbitraje, normalmente la ley del país en que se desarrolla el arbitraje o tienen en él su sede.

Pues bien. Siendo claro el motivo de la creación de este peculiar sistema de control en los procedimientos ante el CIADI, con aplicación de sus Reglas de Arbitraje, y que apenas disimula, como decimos, un inevitable recelo hacia el eventual control estatal sobre decisiones que implican o incluyen la responsabilidad del estado mismo, en su caso, no por ello queda a cubierto de la crítica que pretende desenmascarar un sistema que puede, en ocasiones y pese a todo, incluir una revisión sobre el fondo, incompatible *a priori* con cualquier visión del arbitraje que se tenga, incluido, por supuesto, el arbitraje internacional de inversiones.

El régimen del control de los laudos dictados se recoge en el artículo 52 del Convenio CIADI. Según él, el procedimiento de anulación se inicia por solicitud de alguna de las partes, basada en alguna de las causas señaladas, ante el Secretario General, que la registrará, si no es extemporánea (más de ciento veinte días después de la notificación del laudo a las partes, como supuesto normal). El Secretario General dará traslado a la otra parte y comunicará al Presidente del Consejo de Ad-

ministración del Centro, el cual nombrara el órgano de resolución, un Comité *ad-hoc.*

Una vez constituido este Comité *ad-hoc*, cuyos miembros deben pertenecer a nacionalidades distintas de las de los árbitros y las partes intervinientes en el arbitraje que es objeto del control, este órgano funciona como un tribunal arbitral que conoce del asunto, pero en trámite de anulación.

Las causas que avalan una petición de nulidad son, como decimos, tasadas, de carácter extrínseco y pueden asimismo considerarse como de carácter excepcional. Afectan más bien a las circunstancias de producción del laudo, no al fondo. Así, que el tribunal no estuviese bien constituido, que hubiese excedido manifiestamente sus atribuciones, que hubiese existido corrupción por parte de algún miembro del Tribunal, que se haya producido una violación sustancial de alguna regla del procedimiento y que no se hayan hecho constar los motivos en los que se fundamenta el laudo.

Pero si el tenor de estos motivos es específico y sitúan a este procedimiento claramente entre los procedimientos de control sobre laudos y que son típicos del arbitraje, y más en concreto la acción de anulación, cierta práctica habida en el CIADI; sobre todo a partir de los dos primeros Comités *ad-hoc* nombrados para los asuntos *Camerún vs. Klockner,* y *Amco vs. Indonesia*, ha suscitado una cr{itica que va exigiendo una mayor vigilancia para que el procedimiento ante los Comités *ad-hoc* no se convierta en una apelación, con lo que ello significa y lo cual está expresamente vedado por el artículo 53 de la Convención.

Una extralimitación por interpretación extensiva de la falta de motivos para anular los laudos, ha sido también esgrimido como causa disimulada de apelación. Con esta perspectiva se reabrió un debate de apelación, *novum judicium*, sobre la causa formal aparente de la falta de motivos, en el asunto *Mine vs. Guinea*, en el que el Comité *ad-hoc* había deter-

minado el alcance exacto de la falta de motivos en el laudo, que no obedecía, como en los asuntos *Klockner y Amco* antes citados, a un error en la aplicación del Derecho, *ex* artículo 42 Convenio CIADI.

Los Comités *ad-hoc,* de conformidad con la propia naturaleza de la acción de nulidad, solo tienen jurisdicción para hacer anular el laudo, parcial o totalmente., aunque la anulación parcial es excepcional en la práctica del Centro. Una vez anulado, las partes pueden solicitar de nuevo la constitución de un Tribunal para juzgar la diferencia, de conformidad con el convenio arbitral que permanece vigente o de conformidad con un APRI, si es aplicable. Este nuevo Tribunal se constituiría de acuerdo a las reglas para la constitución del tribunal y se seguiría el procedimiento aplicable según las reglas del CIADI. El nuevo Tribunal tendría la competencia marcada por el propio convenio y por los límites del laudo anulado. Si éste se hubiera anulado parcialmente, sólo podría intervenir en la parte anulada, pues para la que no fue objeto de anulación rige el principio de la cosa juzgada.

En resumen: el procedimiento de revisión de laudos en arbitrajes CIADI, es un procedimiento específico de anulación, con causas tasadas, limitativas, extrínsecas, que evitan el control de fondo. Su finalidad es la anulación o mantenimiento del laudo revisado, el cual puede ser objeto de nuevo arbitraje en los términos marcados por el convenio arbitral o el Tratado Bilateral aplicable, y de la decisión del Tribunal *ad-hoc*. Pese a ser claramente un procedimiento excepcional, y de naturaleza típicamente anulatoria, la práctica permite desvelar intentos de convertir el trámite en un control más o menos certero, más o menos disimulado sobre el fondo, a través de una interpretación abusiva de los motivos de anulación contenidos en la Convención CIADI.

(Autor: José María Chillón Medina. Abogado ICAM.
Profesor Derecho Arbitral. Consultor y árbitro internacional).

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Impugnación del laudo arbitral. Laudo.

Control judicial (del arbitraje)

Control judicial es la constatación por parte de los órganos jurisdiccionales del cumplimiento de una serie de exigencias mínimas, previamente tasadas, que afectan al tribunal, al proceso o al laudo arbitral.

Si bien en algunos pocos ordenamientos se permite una cierta revisión de fondo (más en países de tradición del *common law*), en una suerte de genuina instancia de apelación, en la gran mayoría de los ordenamientos, y en particular en aqu{ellos que siguen la Ley Modelo de la CNUDMI, el control se limita a la regularidad formal del arbitraje, o en otros términos, a su sujeción a las reglas legales imperativas y a las reglas convenidas por las partes.

El control judicial se efectúa con carácter general en dos momentos: cuando una de las partes solicita la nulidad del laudo, o en el marco del *exequatur* de un laudo extranjero.

Todas las leyes nacionales e instrumentos internacionales que regulan el arbitraje contemplan la posibilidad de impugnar el laudo ante los órganos jurisdiccionales (aunque en algunos ordenamientos se permite renunciar de antemano a la acción de anulación). Asimismo, las partes pueden alcanzar el control por vía de excepción en oposición al *exequatur* de un laudo extranjero, y en algunos ordenamientos también en oposición a la ejecución de un laudo nacional. En los supuestos anteriores los tribunales pueden ejercer el control de oficio cuando los árbitros hayan decidido sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje o cuando el laudo fuere contrario al orden público.

También pueden considerarse control judicial las instancias en que, una vez incoado un arbitraje y constatada por los árbitros su propia competencia (principio *kompetenz-kompetenz*), órganos jurisdiccionales se pronuncian sobre las mismas cuestiones, por ejemplo, en el marco de la decisión sobre una declinatoria o excepción de arbitraje, o en el marco

de una solicitud de determinación de cuestiones relativas a la competencia de los árbitros (prevista en Inglaterra, *Determination of preliminary point of jurisdiction*, artículo 32 *Arbitration Act,* 1996).

La mayor parte de las leyes arbitrales nacionales han adoptado los motivos de anulación expuestos en el artículo 34 de la Ley Modelo. Estos motivos son básicamente idénticos a los recogidos en el artículo V de la Convención de Nueva York, para la denegación del reconocimiento y ejecución de laudos. En lo referente al alcance del control, ambos instrumentos parecen sugerir que el control ha de limitarse a una revisión formal y que no cabe en principio una revisión de fondo. La inmensa mayoría de los Estados ha adoptado esta postura, configurando un control judicial que no alcanza al contenido del laudo, sino que se limita a la comprobación de que el laudo ha sido obtenido con regularidad y observancia de unas garantías mínimas, articulándose así como una revisión de la actuación de los árbitros *in procedendo* y no en la aplicación del Derecho substantivo.

(Autor: Calvin Hamilton. Socio de Hamilton Abogados. Madrid).

REFENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Barona Vilar, Silvia (Coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraj*e. Madrid: Cívitas, 2004. González Soria, Julio (Coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje n.º 20/2003, de 23 de diciembre*. Navarra: Aranzadi, 2007. González-Montes Sánchez. *El Control Judicial del Arbitraje.* La Haya: Wolters Kluwer, 2008. Poudret, Jean François y Sébastien Besson. *Droit Comparé de l´Arbitrage International*. Berlín: Schulthess Verlag, 2002. Schmitthoff, Clive M. *Select Essays on International Trade Law*. Kluwer Academic Publishers, 1988.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Ejecución del laudo. *Exequatur*.

Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)

El arbitraje internacional ofrece innumerables incentivos para que las partes que celebran un negocio internacional estipulen cláusulas en vir-

tud de las cuales las controversias que nazcan entre ellas, relacionadas con dicho negocio, sean resueltas por medio de arbitraje.

Desde mediados del siglo antepasado, las naciones americanas han promovido acercamientos y diseñado proyectos de regulación del arbitraje internacional en asuntos privados. En este esfuerzo, la regulación jurídica del arbitraje comercial internacional ha tenido como tema neurálgico la necesidad de que un laudo arbitral dictado en determinada jurisdicción, pero que debe ser ejecutado en un país diferente, pueda ser reconocido y ejecutado en este último.

Al efecto, se requiere del procedimiento de *exequatur* como elemento indispensable para asegurar la idoneidad del fallo y las condiciones en que fue declarado. Es ahí donde surgen las convenciones internacionales como habilitadoras de tal función de garantía. De hecho, esta necesidad es la que constituye la principal razón de la regulación jurídica del arbitraje comercial internacional.

En Latinoamérica, la regulación del arbitraje internacional encuentra su punto de partida en el célebre Congreso de Panamá, convocado por el libertador Simón Bolívar y reunido del 22 de junio al 15 de julio de 1826. Este Congreso representa la génesis político-jurídica de la actual Organización de los Estados Americanos (OEA), así como las denominadas Conferencias para la Codificación del Derecho Internacional Privado, reunidas en Lima promediando el siglo XIX.

Luego de este punto de partida, la regulación convencional del arbitraje comercial internacional en América Latina ha generado diversos tratados y conferencias internacionales que han versado sobre esta materia; entre ellas cabe destacar, por ejemplo, el Tratado de Derecho Procesal Internacional firmado en Montevideo en 1889, la Conferencia Internacional Americana celebrada en Washington de octubre de 1889 a abril de 1890, la V Conferencia Internacional Americana celebrada en Santiago de Chile en mayo de 1923, la VI Conferencia Internacional

Americana celebrada en La Habana en febrero de 1928 (que dio origen al Código de Derecho Internacional Privado o 'Código Bustamante'), la VII Conferencia Internacional Americana celebrada en Montevideo en diciembre de 1933, la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), organizada en abril de 1934, el Tratado de Derecho Procesal Internacional firmado en Montevideo en marzo de 1940, la Convención de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras suscrita en Nueva York en junio de 1958, el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, suscrito en Washington en marzo de 1965, la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional o «Convención de Panamá» firmada en la ciudad de Panamá el 30 de enero de 1975, y finalmente la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, firmada en Montevideo el 8 de mayo de 1979.

La idea acerca de una Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (como lo es la Convención de Panamá) surgió en 1933, en la VII Conferencia Internacional Americana, celebrada en Montevideo. El primer proyecto, preparado por el Comité Jurídico Interamericano, consistía en una ley uniforme interamericana sobre arbitraje comercial, aprobado en México en 1956, por el Consejo Interamericano de Jurisconsultos, la cual fue luego rechazada. Posteriormente se discutió otro proyecto elaborado por las delegaciones de Brasil, Estados Unidos de América y México, denominado Proyecto de Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional, el cual fue aprobado en 1967. El proyecto estaba integrado por cinco artículos fundamentales, con la finalidad de solucionar los principales problemas jurídicos que podían presentarse sobre la materia en el sistema interamericano. El texto final del proyecto, aprobado en agosto de 1973, pasó a ser el tema cinco de la I Conferencia Especializada sobre Derecho Internacional Privado celebrada en Panamá entre el 14 y el 30 de enero de 1975, convocada por la Asamblea General de la OEA, mediante resolución aprobada el 23 de abril de 1971.

De las seis Convenciones que se aprobaron el último día de sesiones de esta Conferencia, destacó la Convención de Panamá que, en palabras de los tratadistas Chillón Medina y Merino Merchán, «[…] significó ciertamente un paso decisivo en la regulación del arbitraje internacional en los países americanos […]». La Convención de Panamá fue firmada el 30 de enero de 1975 (por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos de América, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela) y, de acuerdo con su artículo 10, entró en vigor el trigésimo día a partir de la fecha de depósito del segundo instrumento de ratificación, esto es, el 16 de junio de 1976.

La Convención de Panamá consta de trece artículos y puede afirmarse que ella guarda una estrecha similitud con la Convención de Nueva York de 1958. Dicha Convención tuvo como propósito fortalecer el arbitraje en el continente americano y, sin señalar los tipos de laudos a los cuales se aplica, está dirigida fundamentalmente al arbitraje comercial.

Puede afirmarse con énfasis que la Convención de Panamá brinda seguridad al arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, pues resuelve mediante normas simples y de fácil comprensión los problemas jurídicos más relevantes del arbitraje internacional, tales como:

- *El acuerdo entre las partes*, sin distinguir entre cláusula compromisoria y compromiso; y *el ámbito de aplicación por razón de la materia*, suscrito principalmente en negocios de carácter mercantil;

- *El reconocimiento del principio de la autonomía de las partes en el nombramiento de los árbitros*, permitiendo que éstos sean nacionales o extranjeros. También acepta que la designación sea realizada por un tercero, sea persona natural o jurídica;

- *El reconocimiento del principio de la autonomía de las partes en el establecimiento de las reglas del arbitraje*;

- *La fuerza ejecutoria de sentencias*, siempre y cuando su reconocimiento y ejecución se ajuste a las leyes procesales del país donde se vaya a ejecutar y a lo que dispongan los tratados internacionales;

- *Denegación de reconocimiento y ejecución del laudo*, estableciendo las causales, similares a las contenidas en el artículo V de la Convención de Nueva York, por las cuales el reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral se puede denegar.

- *Respecto de la posibilidad de aplazar las decisiones sobre la ejecución de la sentencia,* la Convención establece causales similares a las contenidas en el artículo V de la Convención de Nueva York.

La Convención de Panamá se refiere a las facetas procesales del arbitraje, especialmente a la validez del compromiso arbitral y a la eficacia del laudo. Como se puede advertir, este instrumento regula la institución del arbitraje en forma amplia, generalizándolo en el continente de América Latina. Su aprobación impulsó las reformas de las legislaciones internas de nuestros países.

(Autor: Felipe Osterling Parodi/Estudio Osterling Sociedad Civil/Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Benetti Salgar, Julio. «La Convención de Panamá sobre Arbitraje Comercial Internacional». En *Alternativas a la Justicia Institucional. Arbitraje. Conciliación. Conferencias*. Biblioteca de la Cámara de Comercio de Bogotá. Bogotá, 1986. Chillón Medina, José María y José Fernando Merino Merchán. *Tratado de arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid: Cívitas, 1991, 2.ª Ed. Dunshee de Arranches, Carlos Alberto. «*Arbitraje Comercial Internacional*». *Curso de Derecho Internacional. El Derecho Internacional Privado en las Américas (1974-2000)*. Washington, D.C.: Secretaría General, Subsecretaría General de Asuntos Jurídicos, OEA, 2002, serie temática, Parte 1, vol. I. Echeverría Eyzaguirre, Rafael. *Los problemas del Derecho comercial en el Derecho Internacional Privado Interamericano.* XVII Curso de Derecho Internacional, Washington, D.C.:

Secretaría General, Subsecretaría General de Asuntos Jurídicos, OEA, 1991. Galán Barrera, Diego Ricardo. «El arbitraje comercial internacional en América Latina». En *Precedente: Anuario Jurídico* de la Universidad de Ecesi. Cali, 2007. Gorjón Gómez, Francisco. *Arbitraje comercial y ejecución de laudos*. México, D.F.: McGraw-Hill, 2001. Jiménez Figueres, Dyalá. *El Sistema de Arbitraje de la Corte Interamericana de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional*. XXXII Curso de Derecho Internacional. Washington, D.C.: Secretaría General, Subsecretaría General de Asuntos Jurídicos, OEA, 2005. Monroy Cabra, Gerardo. *Arbitraje comercial nacional e internacional*. Santafé de Bogotá: Legis, 1998, 2.ª Ed. Pérez Pacheco, Yaritza. «Los aportes de la Conferencia especializada de Derecho Internacional Privado en materia de arbitraje internacional». *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, 2008, vol. XLI, n.º 121.

VOCABLOS CONEXOS: *American Arbitration Association (AAA).* Arbitraje internacional. Convenio de Ginebra. Convención de Nueva York de 1958. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL). Reglamento arbitral. Ley Modelo UNCITRAL. Reglamento y reglas del CIADI. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI).

Convenio arbitral

El convenio arbitral, también denominado acuerdo de arbitraje o acuerdo arbitral (*arbitration agreement*), es el acuerdo de dos o más partes en virtud del que someten a arbitraje la resolución de determinadas controversias presentes o futuras entre ellas.

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, de 10 de junio de 1985 («la Convención de Nueva York») emplea en su artículo II la siguiente definición de convenio arbitral: «el acuerdo por escrito conforme al cual las partes se oblig[an] 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».

Por su parte, y en similares términos, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 21 de julio de 1985 (enmendada parcialmente el 4 de diciembre de 2006, «Ley Modelo UNCITRAL») define en su artículo 7 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».

El convenio arbitral es la base o el elemento fundamental del arbitraje; es precisamente el acuerdo de las partes de someter una controversia a arbitraje lo que permite que la misma pueda resolverse por un tercero o terceros al margen de los tribunales nacionales. Como se ha señalado: sin convenio no hay arbitraje.

El convenio arbitral obliga a las partes a acudir al arbitraje para resolver las controversias objeto del mismo. Atribuye competencia al árbitro o árbitros para resolver esas controversias y excluye la competencia de los tribunales estatales para conocer de las mismas.

El convenio arbitral tiene, por tanto, un doble carácter o naturaleza: material o contractual y procesal. El convenio arbitral es un contrato y como tal contrato le son de aplicación las reglas sobre los contratos (capacidad de las partes, formación del acuerdo, vicios del consentimiento, etc.). A su vez, se trata de un contrato cuyo objeto es procesal y que confiere competencia a los árbitros.

El contenido mínimo que debe contener un convenio arbitral, sin perjuicio de otros posibles requisitos que puedan imponer los distintos ordenamientos jurídicos, se desprende de las definiciones antes referidas: la voluntad de las partes de someterse a arbitraje, la determinación de la relación jurídica contractual o no contractual cuyas controversias se someten a arbitraje y la determinación también de las controversias en concreto de esa relación que se someten a arbitraje (todas, sólo de-

terminadas controversias o también controversias «relacionadas» con la relación jurídica, aunque correspondan a otra relación jurídica).

Además, en el convenio arbitral se regulan o se pueden regular con mayor o menor detalle, y directa o indirectamente, por remisión a reglamentos de arbitraje, particularidades del arbitraje tales como: si el arbitraje será *ad-hoc* o si las partes se someten a un arbitraje institucional y, en este segundo caso, se identificará en el convenio arbitral la institución concreta que administrará el arbitraje; si los árbitros deben decidir conforme a derecho o en equidad; el lugar del arbitraje; el idioma del arbitraje; el número de árbitros; la forma de designación de los mismos (incluida la posible determinación de una autoridad nominadora) y los requisitos para ser nombrado árbitro; la designación en el propio convenio arbitral de los árbitros; disposiciones relativas al nombramiento de nuevos árbitros en caso de vacantes; aspectos procesales tales como trámites o plazos; reglas en caso de no comparecencia o rebeldía; el plazo para dictar el laudo; el sistema de distribución de costas; el derecho que rige el convenio arbitral; etc.

El convenio arbitral puede revestir diversas formas. En primer lugar, puede consistir en un pacto incluido dentro de un contrato celebrado entre las partes (por ejemplo, dentro de un acuerdo comercial) cuyas posibles futuras controversias quieran someter a arbitraje. Ésta es la forma más común de acuerdo arbitral (denominada «cláusula compromisoria»). En la práctica, en caso de optar por arbitraje institucional, las partes habitualmente incluyen en el contrato, directamente o con pocas modificaciones o añadidos, la cláusula modelo que propone la institución arbitral escogida en virtud de la que se someten al reglamento arbitral de la institución.

Este primer tipo de convenios arbitrales igualmente puede contenerse en las condiciones generales de contratación de una de las partes a las que se remite el acuerdo comercial que alcanzan o en los estatutos de una sociedad mercantil o en otros documentos societarios como son

los reglamentos internos (de Juntas de Accionistas o de Consejos de Administración).

En segundo lugar, el convenio arbitral puede revestir la forma de un acuerdo independiente en el que las partes someten determinadas controversias también futuras a arbitraje. Este tipo de convenio arbitral normalmente será más extenso e incluirá una regulación más detallada de las características del arbitraje al que las partes pactan someterse que la que se incluye en una cláusula compromisoria. Los acuerdos independientes de arbitraje son más frecuentes en caso de arbitraje *ad-hoc*. En este tipo de arbitraje, salvo que las partes acuerden la aplicación del reglamento de una institución arbitral (por referencia a sus reglas, sin sometimiento a arbitraje institucional, lógicamente) o se sometan al Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional («Reglamento Modelo UNCITRAL»), es habitual regular expresamente y con mayor detalle aspectos del procedimiento o cuestiones tales como el sistema de designación de árbitros. Mediante esta regulación se pretende evitar que, surgida la controversia, una actitud obstaculizadora de una de ellas pueda bloquear el arbitraje o conllevar la necesidad de acudir a la asistencia judicial.

Por último, en el caso de que la controversia ya haya surgido entre las partes, el convenio arbitral adoptará necesariamente la forma de un acuerdo independiente en el que las partes acuerdan someter una controversia presente a arbitraje. En este último caso, al existir ya una controversia que las partes entienden conveniente resolver mediante arbitraje, éstas están en disposición de adaptar el convenio arbitral a las concretas circunstancias del caso, lo que en ocasiones se traduce en una regulación más detallada del arbitraje y, frecuentemente, en el nombramiento, en el propio convenio arbitral, del árbitro a árbitros.

En cuanto a los requisitos de forma que debe cumplir el convenio arbitral, tal y como se desprende de la definición que emplea el Convenio

de Nueva York antes trascrita, éste exige que el convenio arbitral conste «*por escrito*». La constancia por escrito se contiene también en el resto de convenios internacionales en materia de arbitraje y en la Ley Modelo UNCITRAL.

De conformidad con la Convención de Nueva York —artículo VII— «la expresión 'acuerdo por escrito' denotara una cláusula compromisario incluida en un contrato o un compromiso, firmados por las partes o contenidos en un canje de cartas o telegramas». La referencia a la firma de las partes ha planteado problemas, siendo en todo caso la postura mayoritaria que lo necesario es que el acuerdo conste por escrito, lo que no obsta a que haya que ser cautos en esta materia y atender a las normas y jurisprudencia de la jurisdicción o jurisdicciones relevantes.

A pesar de esta necesaria cautela, lo cierto es que, fruto de los enormes cambios en el ámbito de las comunicaciones tras la redacción de la Convención de Nueva York, se ha experimentado una flexibilización del propio requisito de constancia escrita del convenio arbitral. Así, y sin perjuicio de que siguen existiendo estados que imponen requisitos de forma específicos, las leyes de arbitraje modernas únicamente exigen que exista algún tipo de constancia escrita del convenio arbitral.

En esta línea, la Ley Modelo UNCITRAL señala, en su artículo 7 (tras su enmienda aprobada en 2006 que profundizó precisamente en esta flexibilización), que «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», añadiendo que el requisito de constancia por escrito «puede cumplirse con una comunicación electrónica si la información en ella consignada es accesible para su ulterior consulta». Adicionalmente, la Ley Modelo UNCITRAL considera igualmente cumplido este requisito: con el «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», esto es, en caso

de sumisión tácita al arbitraje; o mediante una «referencia hecha en un contrato a un documento que contenga una cláusula compromisoria (...) siempre que dicha referencia implique que esa cláusula forma parte del contrato», como ocurre en el caso de que el convenio arbitral se contenga en una cláusula integrada en las condiciones generales de contratación de una de las partes.

Es importante, por último, aludir al denominado principio de separabilidad del convenio arbitral en virtud del cual el convenio arbitral debe considerarse un acuerdo independiente de las demás condiciones del contrato. En consecuencia, la nulidad del contrato no comportará de pleno derecho la nulidad de la cláusula compromisoria incluida en el propio contrato, lo que a la postre impide que el convenio arbitral quede vaciado de contenido por una de las partes, mediante la alegación de nulidad del contrato que lo contiene, y permite que sean los árbitros quienes deban declarar la nulidad del contrato y decidir sobre la responsabilidad civil derivada de esa nulidad, sobre la base del convenio arbitral. Igualmente, este principio comporta que se mantenga la vigencia del convenio arbitral una vez la vigencia del contrato que lo contiene o cuyas controversias se sujetan a arbitraje se haya extinguido.

Este principio de separabilidad se recoge en el artículo 7 de la Ley Modelo UNCITRAL que establece que «una cláusula compromisoria que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del contrato» y que «(l)a decisión del tribunal arbitral de que el contrato es nulo no entrañará ipso jure la nulidad de la cláusula compromisoria».

(Autor: César Rivera. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Redfern, A., M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides.*«Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional».* Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006. Tawil, G., E. Zuleta, M. Virgós y F. Garcimartín. *«Derecho Procesal Civil Internacional Litigación Internacional»*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2007. Lew J.D.M., L.A. Mistelis y S.M. Kröll. *Comparative international commercial arbitration.* La Haya: Kluwer, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo de arbitraje. Autonomía de la cláusula arbitral. Cláusula arbitral abusiva. Cláusula arbitral adhesiva. Cláusulas patológicas. Cláusula arbitral de la *charter party*. Cláusulas paraguas (*umbrella clause*). Cláusulas sobrepuestas (*muti-tiered clauses*). Declinatoria arbitral. Ley aplicable al arbitraje. Designación de los árbitros. Extensión a terceros de la cláusula arbitral. Idioma del procedimiento. Ineficacia del convenio arbitral. Ley aplicable al convenio arbitral. Lugar del arbitraje (sede del arbitraje).

Convenio arbitral en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)

Cláusula optativa a incluir en el Anexo I del Contrato Marco de la Asociación Española de Banca. AEB-CECA 2009, que utilizan las entidades financieras para la contratación de Derivados financieros *Over-the-counter* (OTC).

El contrato CMOF establece, en su estipulación vigesimotercera, que las partes podrán someter a arbitraje los conflictos o controversias que puedan surgir en relación con el contrato, su interpretación, cumplimiento y ejecución en los términos contenidos en el Convenio Arbitral. Comprende dos clausulados opcionales: Clausulado para «Colegio Arbitral» y clausulado para «Árbitro único», siendo este último el más utilizado.

Las entidades financieras únicamente negocian la incorporación del convenio arbitral con clientes considerados personas jurídicas (SA y SRL) y «otros obligados» como garantes. La contratación con consumidores no contempla la incorporación del convenio arbitral al contrato, lo que implica el sometimiento exclusivo a los tribunales españoles.

(Autor: Luis Costa Ran. Abogado, Ingeniero y Catedrático de Economía y Derecho Agrario de la Escuela Superior de Agricultura de Barcelona; UPC).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje financiero. Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados. Arbitraje de contratos financieros con consumidores. Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros.

Convenio de doble imposición

1. Nociones generales

Los Convenios de doble imposición (en adelante, CDI) son tratados internacionales que vinculan a los Estados que los suscriben, versan sobre cuestiones tributarias y cuya finalidad es eliminar la doble imposición que pueda producirse como consecuencia de la superposición del ejercicio de la potestad tributaria de cada uno de los Estados contratantes, y articular mecanismos de cooperación administrativa entre ellos, a fin de evitar el fraude y la evasión fiscal.

En la actualidad existen dos modelos principales de CDI, que permiten a los Estados negociar sobre una base común y facilitar una notable homogeneidad entre ellos, pese a que cada CDI sea el resultado de un proceso individual de negociación. El primer Modelo es el de la OCDE y es seguido por Estados miembros y no miembros de esa Organización. El otro Modelo es el de Naciones Unidas que, partiendo del de la OCDE, otorga potestades tributarias más amplias a los Estados de la fuente, que suelen ser los menos desarrollados, por su condición de importadores de capital y tecnología. Los Modelos contienen un Modelo de Convenio propiamente dicho, y una parte de 'Comentarios', donde se interpreta el contenido de cada una de las cláusulas del Convenio.

Los CDI no otorgan, salvo en supuestos muy concretos, derechos subjetivos a los contribuyentes o nacionales de los Estados contratantes, pero son de notable influencia en las decisiones de los agentes económicos en sus operaciones comerciales, de inversión o financiación de carácter transfronterizo.

El criterio subjetivo sobre el que pivota la aplicación de los CDI es la residencia fiscal. Las personas con derecho a beneficiarse de las disposiciones de un CDI son aquéllas que sean residentes de uno de ambos Estados contratantes. No obstante, el CDI normalmente no define quiénes son residentes de un Estado, sino que remite a estos efectos a los criterios adoptados por las legislaciones de cada uno de los Estados contratantes, si bien exige que la persona calificada de residente lo sea por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección, centro de intereses vitales o cualquier otro criterio de naturaleza análoga. Nótese que salvo excepciones, la nacionalidad no es un criterio que delimite la residencia fiscal.

Cabe distinguir dos tipos de doble imposición internacional, la denominada doble jurídica y la doble imposición económica.

La doble imposición jurídica se produce cuando una misma renta se somete a imposición en dos ocasiones, en dos Estados diferentes, siendo el sujeto pasivo de ambas imposiciones la misma persona (*e.g.*, los intereses obtenidos por la concesión de un préstamo a un no residente, por los que el prestamista tributa en sede del Estado de residencia del prestatario, como imposición en la fuente, y tributa de nuevo en su propio Estado de residencia).

La doble imposición económica tiene lugar cuando una misma renta se somete a imposición en dos ocasiones, en dos Estados diferentes, si bien el sujeto pasivo de cada imposición es distinto en cada caso (*e.g.*, los dividendos obtenidos de una inversión en una sociedad de otro Estado, ya que la sociedad normalmente habrá tributado por el Impuesto sobre la Renta a la que se vea sometida en su Estado de residencia, y el socio tributará por los dividendos percibidos en su Estado de residencia, y ello sin perjuicio de que el accionista vea además someter a imposición los dividendos en el Estado de la fuente, el de la residencia de la sociedad que los distribuye, en cuyo caso se añadiría a la doble imposición económica, una doble imposición jurídica).

Los CDI sólo pretenden evitar la doble imposición jurídica, si bien en ocasiones incluyen algunas cláusulas que tratan de evitar la doble imposición económica.

En ocasiones pueden producirse situaciones de triple imposición (*i.e.*, una renta es obtenida por un establecimiento permanente, situado en un Estado distinto del de la fuente, que pertenece a una sociedad de un tercer Estado), a las que el CDI también trata de dar solución, al menos parcial.

Para alcanzar su finalidad de evitar la doble imposición, los CDI articulan diversas soluciones:

- Evitar que una misma persona se someta a imposición en dos o más Estados de forma simultánea (situaciones de doble residencia): en la medida en que prácticamente la totalidad de los Estados del mundo someten a sus residentes a imposición por un criterio de renta mundial, esto es, gravan las rentas de sus residentes, cualquiera que sea el lugar donde se sitúa la fuente de aquéllas, la peor situación de doble imposición a la que puede hacer frente una persona es la de someterse a imposición por residencia en dos jurisdicciones diferentes. Por ello, el primer objetivo es que las personas, a efectos del Convenio, se consideren residentes únicamente de uno de los Estados contratantes.

- Evitar que una misma renta se someta a imposición por los Estados contratantes: en este caso los CDI reparten las potestades tributarias entre los Estados contratantes, de modo que la potestad tributaria se atribuya de forma exclusiva a uno de los Estados, ya sea el de residencia o el de la fuente.

- Mecanismos para evitar la doble imposición: para los supuestos en los que la potestad tributaria no ha sido atribuida de forma exclusiva a uno de los dos Estados, sino que uno de los dos Estados tiene una

potestad tributaria completa o ilimitada, mientras que el otro Estado dispone de una potestad tributaria de forma limitada (*i.e.*, es bastante habitual en caso de dividendos, intereses o cánones o regalías), o sencillamente ambos Estados disponen de potestad tributaria ilimitada, es necesario que uno de los dos Estados conceda al contribuyente un mecanismo que permita eliminar la doble imposición. El Estado al que se impone esta obligación es el Estado de residencia, por disponer de mejor y más amplia información sobre el contribuyente. Los CDI optan normalmente por el mecanismo de exención con progresividad (por el que las rentas obtenidas en el Estado de la fuente no se someten a imposición en el Estado de residencia, si bien son tenidas en cuenta a efectos de determinar el tipo impositivo al que se gravan el resto de rentas obtenidas por el contribuyente) o el de imputación ordinaria (por el que en todas las rentas se incluye la base imponible del Estado de residencia y se someten a imposición, en consecuencia, como si hubieran sido obtenidas en este Estado, pero se concede al contribuyente un crédito fiscal, en forma de deducción, por importe equivalente al de los impuestos satisfechos en el extranjero, salvo que el importe del impuesto resultante de la inclusión en la base imponible de las rentas obtenidas en el otro Estado sea inferior, en cuyo caso, el crédito fiscal concedido se limita a este último importe.

1. Tipología de CDI

a) Criterio subjetivo (por el número de Estados contratantes): los CDI suelen ser bilaterales, limitándose a las relaciones entre dos Estados, pero existen algunos Convenios de tipo multilateral, como el de los Estados escandinavos, el de los Estados de África Occidental o el de los Estados del Caribe.

b) Criterio objetivo (por el tipo de impuestos abarcados): los CDI más comunes se ocupan de la imposición sobre la renta, pero también suelen incluir en muchos de ellos disposiciones para regular la imposición sobre el patrimonio. Otros convenios abordan la imposición derivada

de la sucesión y las herencias. Existen también convenios con un ámbito de aplicación limitado, como, por ejemplo, los de navegación marítima y aérea internacionales, que limitan su ámbito de aplicación a las rentas obtenidas como consecuencia de estas actividades económicas. Por último, hay Convenios que únicamente prevén mecanismos de intercambio de información entre administraciones tributarias.

2. Mecanismos de cooperación administrativa

Además de evitar la doble imposición, los CDI tratan de evitar la evasión y el fraude fiscal. A este fin los Convenios incluyen algunos mecanismos de asistencia y cooperación administrativa.

Intercambio de información: Se trata de un mecanismo esencial para asegurar la efectiva y adecuada aplicación de los CDI, al permitir que las autoridades fiscales de los Estados contratantes intercambien información relevante. El intercambio se pretende tan amplio como posible, permitiendo que se intercambie información sobre impuestos no cubiertos por el Convenio, o sobre personas a las que el Convenio pudiera no ser aplicable. Sin embargo, incluye algunas restricciones, como el principio de subsidiariedad (que exige al Estado requirente que agote todas las opciones a su disposición para obtener la información), el de reciprocidad jurídica (que no obligue a un Estado a actuar contrariamente a su legislación), el de reciprocidad de hecho (no puede requerirse información que no quepa obtener en alguno de los dos Estados), o por el contenido de la información (secretos comerciales o de orden público). Cabe destacar que los últimos años se suele incluir una cláusula por la que el secretario bancario no puede oponerse por el Estado requerido, como razón para no intercambiar la información.

Asistencia en la recaudación: Este procedimiento, aún escaso en los CDI en vigor, pretende que un Estado pueda exigir, por vías ejecutivas, el cobro de deuda tributarias de un contribuyente residente del otro Estado, a través del apoyo de las autoridades fiscales de este último, que son

las que en última instancia se ocupan de la ejecución administrativa de la recaudación.

Procedimiento amistoso: Los CDI son tratados que generan numerosos conflictos de aplicación, ya sea porque los términos del mismo no son de fácil interpretación, o son interpretados de forma distinta por cada Estado, o por la incorrecta aplicación del CDI por una de las autoridades fiscales o porque se producen situaciones de doble imposición no previstas por el CDI. Para estos casos el contribuyente puede requerir asistencia a las autoridades fiscales del Estado del que es residente, y éstas, si no lo pueden resolver unilateralmente, solicitaran a las autoridades del otro Estado la obtención de una solución. El mecanismo, sin embargo, no ha permitido en la práctica resolver con la eficacia necesaria estas dificultades de aplicación, motivo por el que el Modelo de la OCDE incluyó, en su versión de 2008, la posibilidad de acudir a un mecanismo arbitral para resolver estas controversias.

(Autor: Joan Hortalà. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves, Pereira. Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje tributario.

Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)

Se trata de una norma internacional que regula la eficacia extraterritorial de los laudos arbitrales extranjeros. Su elaboración se gestó a iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional, con sede en París, que proporcionó al Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) un proyecto de Convención sobre el reconocimiento y la ejecución de las sentencias arbitrales. En el seno del ECOSOC se llevaron a cabo los trabajos necesarios para la obtención, en junio de 1958,

del Convenio de Nueva York. Con su entrada en vigor se establecen normas legales comunes en un amplio espacio geográfico para otorgar eficacia a las sentencias arbitrales extranjeras. Actualmente, forman parte de la Convención ciento cuarenta y cuatro Estados, entre los que se figuran las principales naciones comerciales y muchas otras de todas las regiones del mundo, incluida América Latina.

Desde el 31 de diciembre de 1958, la Convención está abierta a la firma, tal y como se estipula en su artículo VIII. Pero, en el artículo siguiente, el IX, se establece que seguirá abierta a la adhesión de todo Estado miembro de las Naciones Unidas, y de cualquier otro Estado que sea miembro de cualquier organismo especializado de las Naciones Unidas, o que sea parte en el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia o haya sido invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Por su parte, el artículo XIII regula la retirada de la Convención. El procedimiento para hacerla efectiva exige que todo Estado miembro envíe por escrito una notificación dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia surtirá efecto un año después de la fecha en que el Secretario General haya recibido la notificación.

El Convenio tiene carácter universal, en el sentido de que se aplica sea cual fuere el Estado donde se hubiere dictado el laudo y, por lo tanto, aunque se trate de Estados que no sean miembros del mismo. Ahora bien, en el momento de adoptar el Convenio y de acuerdo con el artículo I.3, un Estado puede realizar la llamada «reserva de reciprocidad», es decir, puede declarar que aplicará la Convención al reconocimiento y a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el territorio de otro Estado contratante, únicamente. Asimismo, puede declarar que sólo aplicará la Convención a los litigios surgidos de relaciones jurídicas, sean o no contractuales, consideradas comerciales por su Derecho interno.

Aunque el Convenio regula el reconocimiento y la ejecución, también contiene disposiciones sobre los acuerdos o pactos de arbitraje. Esta

materia fue incluida en atención al hecho de que es posible denegar la ejecución de un laudo porque el acuerdo arbitral en el que se basa no es válido. Esto último puede producirse por no haberse respetado los requisitos de forma exigidos en los convenios arbitrales para que desplieguen todos sus efectos. En concreto, el artículo II.1 del Convenio de Nueva York establece que los Estados contratantes reconocerán los acuerdos de arbitraje formulados por escrito. Aunque en el párrafo 2 del mismo artículo se aclara que la expresión «acuerdo por escrito» podrá consistir en una cláusula compromisoria incluida en un contrato o un compromiso, firmado por las partes o contenido en un canje de cartas o telegramas. Además, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) aprobó, en su 39.º período de sesiones, celebrado en el 2006, una recomendación para orientar a los Estados Parte sobre la interpretación del párrafo 2 del artículo II. En este sentido, se recomienda que se aplique reconociendo que las circunstancias que describe no son exhaustivas. Por consiguiente, lo que se consigue, en la práctica, es atenuar las exigencias formales para los convenios arbitrales. También la recomendación de la UNCITRAL se refiere a la interpretación del párrafo 1 del artículo VII, para que toda parte interesada pueda hacer valer los derechos que tuviere, en virtud de la legislación o de los tratados del país donde se invoque un acuerdo de arbitraje, a que se reconozca la validez de dicho acuerdo.

Los aspectos procedimentales para obtener el reconocimiento y la ejecución de los laudos arbitrales extranjeros se rigen por el artículo IV de la Convención. La parte que lo solicite deberá presentar, junto con la demanda, el original debidamente autenticado de la sentencia y del convenio arbitral o una copia de ambos que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. Además, si la sentencia o el acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país donde se pretende el reconocimiento, la parte que lo pida deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular. Una vez presentada la demanda, acompañada de la

sentencia y del convenio arbitral, el reconocimiento se lleva a cabo de conformidad con las normas de procedimiento vigentes en el territorio donde la sentencia sea invocada, tal y como señala el artículo III de la Convención. Pero, no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales.

Las causas por las que puede denegarse el reconocimiento y la ejecución están limitadas en el artículo V del Convenio. Se trata de una enumeración taxativa que favorece el reconocimiento y la ejecución del laudo. Los motivos que pueden esgrimirse para impedir el *exequatur* son de dos tipos, o bien alegados a instancia de parte o bien apreciados de oficio. Dentro de las causas que pueden oponerse a instancia de parte, se distinguen las siguientes: falta de capacidad de alguna de las partes en el acuerdo arbitral, invalidez del acuerdo arbitral, inobservancia de los derechos de defensa, incongruencia del laudo arbitral, constitución irregular del tribunal arbitral o irregularidades del procedimiento arbitral, sentencia arbitral no obligatoria para las partes y laudo anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictado. Las causas que pueden apreciarse de oficio son sólo dos. Por un lado, se puede denegar el *exequatur* porque la materia objeto de la diferencia no es susceptible de arbitraje y, por otro lado, cuando el reconocimiento o la ejecución de la sentencia fueran contrarios al orden público. Ahora bien, en general, se establece una presunción a favor de la legalidad del arbitraje y de la veracidad del laudo.

Para apreciar la falta de capacidad de alguna de las partes en el acuerdo arbitral, el artículo V.1.*a)* del Convenio remite a la ley que le es aplicable a dicha capacidad. Para determinar dicha ley se aplicará el Derecho Internacional Privado del país donde se solicita el *exequatur.* La invalidez del acuerdo arbitral puede producirse si no se acredita la existencia de una verdadera cláusula de sumisión a arbitraje. A tal efecto, la validez debe acreditarse con arreglo a la ley elegida por las partes, y si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley del país donde

se dictó el laudo. En relación con la inobservancia de los derechos de defensa, el *exequátur* se deniega, en el artículo V.1.*b)*, si se produce la rebeldía del demandado involuntaria. A esta situación se llega cuando el rebelde desconoce el inicio del arbitraje porque no se le ha notificado en tiempo y forma la demanda, la designación del árbitro o el procedimiento de arbitraje. Por lo tanto, la rebeldía voluntaria del demandado no detiene el reconocimiento y ejecución de la sentencia arbitral.

También la incongruencia del laudo puede acarrear la denegación del *exequatur*. La incongruencia puede producirse, según el artículo V.1.*c)*, por exceso o por defecto. En este último caso, se debe acreditar que la sentencia se refiere a una diferencia no prevista en el compromiso o no comprendida en las disposiciones de la cláusula compromisoria. La incongruencia por exceso se produce si la sentencia contiene decisiones que exceden de los términos del compromiso o de la cláusula compromisoria. Ahora bien, si las disposiciones de la sentencia que se refieren a las cuestiones sometidas al arbitraje pueden separarse de las que no han sido sometidas al arbitraje, se podrá dar reconocimiento y ejecución a las primeras. Otro motivo para rechazar el reconocimiento y la ejecución de laudo se contiene en el artículo V.1.*d)* y hace referencia a la constitución irregular del tribunal arbitral o a la existencia de irregularidades en el procedimiento arbitral. Las irregularidades deben apreciarse teniendo presente el acuerdo celebrado entre las partes o, en defecto de tal acuerdo, se atenderá a la ley del país donde se ha efectuado el arbitraje.

En el artículo V.1.*e)* del Convenio de Nueva York se regulan la falta de obligatoriedad de la sentencia y su anulación o suspensión para frenar el *exequatur.* En este sentido, la parte contra la cual se invoca el reconocimiento y la ejecución puede probar que la sentencia no es aún obligatoria para las partes y, por lo tanto, puede conseguir que el *exequatur* no se otorgue. La falta de obligatoriedad será valorada según el Derecho del país con arreglo al que se dictó el laudo o donde se dictó. Por su parte, otra causa que podrá alegarse a instancia de parte para impedir el reconocimiento y la ejecución se refiere a la anulación o suspensión de

la sentencia arbitral por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya ley, ha sido dictada esa sentencia. En consecuencia, se excluye denegar el *exequatur* si el laudo ha sido anulado por los tribunales de un tercer Estado.

Finalmente, la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución podrá denegarlos de oficio, en virtud del artículo V.2.*a)*, si la materia objeto de la diferencia no es susceptible de arbitraje. Para apreciar este motivo se atenderá a la ley del país donde se pretende obtener el *exequátur*. Además, el artículo V.2.*b)* permite que la autoridad competente del país requerido para efectuar el reconocimiento y la ejecución pueda rechazar el *exequatur* si la sentencia es contraria a su orden público. Lo que se hace valer en este caso es el respeto a los principios básicos del Derecho del país en donde se solicita tal *exequatur*.

(Autora: Lidia Moreno. Profesora de Derecho Internacional/U. Europea de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Calvo Caravaca, A.L. y J. Carrascosa González. *Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares, 2008, 9.ª Ed., vol. I. Cordón Moreno, F. «Panorámica Europea del arbitraje comercial internacional». *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n.º 3, pp. 571-591.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Cámara de Comercio Internacional de París. Convenio arbitral. Ejecución del laudo. *Exequatur*. Impugnación de laudo arbitral. Orden público. Universalidad del arbitraje.

Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio CIADI)

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (el Convenio) por el que se

establece el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), es un instrumento convencional que previamente fue elaborado por los Directores Ejecutivos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento (el Banco Mundial), que el 18 de marzo de 1965 sometieron, con un Informe Adjunto, a los gobiernos miembros del Banco Mundial para su consideración con vistas a la firma y ratificación del Convenio, entrando en vigor el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países, a los que se fueron sumando muchísimos más, habiendo ratificado el convenio, en diciembre del 2002, 136 países para convertirse en Estados miembros.

El Preámbulo del Convenio reconoce que aun cuando las diferencias entre inversores y Estados sean corrientemente sometidas «a sistemas procesales nacionales, en ciertos casos el empleo de métodos internacionales de arreglo puede ser apropiado para su solución». Este método es el arbitraje, el cual se facilita mediante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, creado por este mismo Convenio.

(Autor: Domingo Bello Janeiro. Catedrátic/U. de A Coruña).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de Inversiones. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones. Reglamentos y Reglas del CIADI.

Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961 (Convenio de Ginebra)

Esta Convención se enmarca en la actividad desplegada bajo los auspicios de las Naciones Unidas a nivel regional. Fue concebida en el seno de la Comisión Económica para Europa, con el fin de proporcionar un conjunto básico de reglas en materia de arbitraje a los Estados signatarios. Entre las normas más importantes que se contienen en el Convenio

destacan las relativas a la regulación de un procedimiento para designar a los árbitros cuando las partes no se pongan de acuerdo. También se resuelven los problemas relativos a la determinación de la jurisdicción arbitral y de la ley aplicable, en el caso de que no se hayan especificado en el contrato, además del derecho a designar árbitros extranjeros. En definitiva, se trata de un Convenio multilateral para la regulación del arbitraje comercial internacional entre los Estados Europeos.

Los países miembros del Convenio son los siguientes: Albania, Alemania, Austria, Azerbayán, Bélgica, Bielorrusia, Bosnia-Herzegovina, Bulgaria, Burkina Faso, Croacia, Cuba, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Hungría, Italia, Kazajstán, Letonia, Luxemburgo, Polonia, República Checa, República de Moldavia, Rumanía, Serbia y Montenegro, Turquía, Ucrania y Rusia.

Para entender el principal motivo que originó su elaboración es fundamental referirse al ámbito de las relaciones comerciales internacionales. En este contexto, es evidente que el auge del arbitraje ha ido parejo al desarrollo creciente de los intercambios transfronterizos entre particulares. El tráfico de bienes y servicios más allá de las fronteras nacionales exige seguridad y rapidez. Por lo tanto, es un escenario que demanda la aplicación de unas técnicas simples y eficaces de solución de las controversias que puedan surgir. La celeridad y flexibilidad que caracterizan al arbitraje, además de su adaptación a la voluntad de las partes, convierten a este sistema de resolución alternativa de litigios en el más utilizado para resolver los conflictos que surgen en el comercio internacional. También contribuye a incrementar su aceptación y desarrollo la ausencia de una jurisdicción supraestatal de Derecho Privado. Los Estados no ofrecen más que las jurisdiccionales nacionales, muy alejadas de la agilidad que requiere el tráfico jurídico.

Respecto al ámbito de aplicación del Convenio, hay que decir que opera *inter partes*. El artículo I.1.*a)* señala que el Convenio se aplica a los

acuerdos o compromisos de arbitraje que hubieren sido concertados entre personas físicas o jurídicas que tengan su residencia habitual o su domicilio o sede social en Estados contratantes diferentes. Por lo tanto, quedan excluidos los arbitrajes pactados para resolver conflictos surgidos o por surgir en operaciones de comercio internacional, por quienes sean nacionales de un mismo país o tengan en él su residencia o su domicilio o sede social. Además, el Convenio de Ginebra es complementario del Convenio de Nueva York de 1958, en el sentido de que ambos pueden ser simultáneamente aplicados. Con esta solución se consigue contribuir a la expansión del comercio europeo y evitar, en lo posible, ciertas dificultades que pueden entorpecer la organización y el funcionamiento del arbitraje comercial internacional en las relaciones entre personas físicas o jurídicas de diferentes países europeos.

La voluntad de las partes constituye la pieza clave de la institución arbitral. Esta voluntad se plasma en el convenio arbitral, que la regulación del Convenio de Ginebra acepta, en el artículo I.2.*a)*, que se materialice a través de una cláusula compromisoria incluida en un contrato o bien mediante un compromiso separado. La autonomía del convenio arbitral es tan amplia que su existencia o validez no depende de la ley que regule el contrato en el que esté inserto, sino que se rige por la ley elegida por las partes, en base al artículo VI.2, aunque, en defecto de elección, se aplican otros criterios subsidiarios, que son la ley del país donde deba dictarse el laudo y, si no pudiera determinarse dicho país, la ley aplicable en virtud de las reglas de conflicto del tribunal estatal ante el que se hubiera promovido la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, de tal forma que se consagra el principio de separabilidad del convenio arbitral accesorio del negocio principal. Esta conclusión produce dos consecuencias. Una primera está relacionada con la nulidad del contrato principal, que no va a producir necesariamente la del convenio arbitral accesorio. La segunda comporta que pueda aplicarse al convenio arbitral una normativa distinta de la aplicable al contrato principal.

También se admite una amplia libertad de forma al elaborar el convenio arbitral. El mutuo acuerdo de las partes puede contenerse en un intercambio de cartas, telegramas o comunicaciones por teleimpresor. Esto último está en línea con los avances tecnológicos de la comunicación en el cruce de ofertas y demandas, así como con las exigencias de agilidad del tráfico jurídico mercantil. Pero, no acaba aquí el antiformalismo que preside la realización del convenio arbitral, ya que, incluso, podrían llegar a admitirse convenios verbales. En este sentido, el Convenio de Ginebra señala que se entenderá por acuerdo o compromiso arbitral, 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. Por su parte, el desarrollo del procedimiento está igualmente desprovisto de formalidades. El Convenio de Ginebra permite que el arbitraje se desarrolle con sujeción a las normas de la institución arbitral a la que se le haya encomendado la administración del arbitraje, o de conformidad con lo dispuesto por las partes, en los casos de arbitraje *ad-hoc* y, en su defecto, por las normas previstas con carácter supletorio en el artículo IV.

Ha quedado claro que para poder arbitrar una controversia es necesario el acuerdo previo de las partes. Es evidente que los sujetos deben tener capacidad jurídica suficiente para comprometerse. De tal forma que si se plantea ante los tribunales nacionales de los Estados contratantes la cuestión de la existencia o validez del acuerdo o compromiso arbitral, por incapacidad de las partes, el artículo VI.2 del Convenio de Ginebra indica que el problema se resolverá de conformidad a la ley que les sea aplicable a éstas. Pero, se detecta una indeterminación, ya que no se precisa la ley por la que se rige dicha capacidad. Para resolverlo habrá que acudir al Derecho del país ante el que se plantee la oposición al convenio.

Además de capaces, las partes tienen que tener en cuenta la arbitrabilidad de la controversia. Es posible, de acuerdo con el artículo VI.2, *in fine*, del Convenio de Ginebra, que el Tribunal ante el que se promueva

la incompetencia de jurisdicción por existencia de un previo convenio arbitral, deniegue el reconocimiento del acuerdo o compromiso arbitral si, conforme a la *lex fori*, la controversia no es por su objeto o materia susceptible de arreglo mediante arbitraje. Por lo tanto, planteada la incompetencia de jurisdicción de los Tribunales nacionales, serán ellos los que deberán decidir, conforme a la ley interna, sobre la arbitrabilidad de la cuestión sometida a arbitraje.

Una vez celebrado el convenio arbitral y dándolo por válido en su totalidad, se producen dos efectos fundamentales: el efecto positivo, consistente en la obligación de las partes de someter la solución de las controversias que surjan entre ellas a la decisión de uno o más árbitros, y el efecto negativo, consistente en la sustracción de la controversia en cuestión al conocimiento de los tribunales ordinarios. Esto último se puede apreciar en el artículo VI.1 del Convenio de Ginebra, cuando se indica que: «Toda excepción o declinatoria por incompetencia de 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 del 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 o declinatoria como una cuestión de derecho procesal o sustantivo». Conforme a lo dispuesto en el precepto que se acaba de citar, parece claro que la cláusula arbitral perfectamente válida excluye, previa petición de parte, la competencia de los tribunales estatales. La consecuencia lógica será la estimación de la correspondiente excepción o declinatoria por parte del juez del foro y la remisión a las partes al arbitraje.

Ahora bien, si ya se ha incoado el procedimiento arbitral por una de las partes y, posteriormente, otra de las partes interpone una demanda referente al mismo objeto o diferencia entre las mismas partes o a la cuestión de la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo o compro-

miso arbitral, el tribunal del Estado contratante ante el que se haya incoado esta pretensión deberá diferir toda resolución hasta el momento en que el tribunal arbitral dicte su laudo sobre el fondo del asunto. Esta solución del artículo VI.3 del Convenio de Ginebra parece recoger una figura parecida a la que se conoce en el ámbito jurisdiccional ordinario con el nombre de litispendencia internacional y cuya finalidad es evitar la existencia de resoluciones (arbitral y judicial) contradictorias.

Resueltas las cuestiones anteriores, si alguna de ellas se hubiera planteado, comienza ya el arbitraje propiamente dicho. Las personas designadas para resolver el fondo del asunto tendrán que aplicar una ley, en el caso de que se trate de un arbitraje de Derecho. El artículo VII del Convenio de Ginebra regula el Derecho aplicable y otorga a las partes la posibilidad de determinar de común acuerdo la ley que los árbitros habrán de tener en cuenta para solucionar la controversia. De nuevo, se constata el protagonismo de las partes, no sólo en el origen del arbitraje, sino en todas las fases del procedimiento. Aunque se contiene, en el mismo precepto, un criterio subsidiario si las partes no hubieran indicado el Derecho aplicable. Si se produce esta situación, los árbitros aplicarán la ley procedente de la regla de conflicto que ellos estimen más apropiada al caso en cuestión.

Finalizado el arbitraje, se puede obtener la nulidad de la sentencia arbitral. Ahora bien, sólo en atención a las causas tasadas del artículo IX del Convenio.

(Autora: Lidia Moreno. Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Europea de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Cordón Moreno, F. «Panorámica Europea del arbitraje comercial internacional». *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, n.º 3, pp. 571-591. Legislación básica de Derecho Internacional Privado. Madrid: Tecnos, 2009, 19.ª Ed. actualizada.

VOCABLOS CONEXOS: Autonomía del convenio arbitral. Convenio arbitral. Convenio de Nueva York de 1958. Arbitraje internacional. Ley aplicable al arbitraje. Derecho aplicable al fondo del asunto. Litispendencia internacional.

Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA)

La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) fue creada en el año 1988 por un prestigioso grupo de abogados, con el objetivo de ofrecer a las empresas una institución arbitral para la solución de conflictos. Es una de las cortes arbitrales más antiguas de España y una de las más activas en la actualidad.

Tiene su sede en Madrid y administra arbitrajes tanto nacionales como internacionales. Su dirección actual se encuentra en la Calle Hermosilla número 8 de Madrid (28001 MADRID) (www.cima-arbitraje.com).

En los últimos años se ha producido un muy notable incremento del número de asuntos administrados por CIMA y de la importancia económica y material de dichos asuntos. En estos momentos la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje está prestando una especial atención al arbitraje internacional, siendo cada vez mayor el número de arbitrajes internacionales que son administrados por CIMA.

La base de CIMA es asociativa. Es una asociación privada, sin ánimo de lucro, de las previstas en el artículo 14 de la Ley de Arbitraje, que tiene por misión el desempeño de funciones arbitrales por sus propios asociados.

Según los estatutos de Cima, los órganos de gobierno de la Corte son:

1. La Asamblea General: Es el órgano supremo de la Corte y lo constituyen todos sus asociados, adoptándose los acuerdos por mayoría de votos. Se distinguen dos tipos de asociados, los asociados numerarios

y los colaboradores, los primeros pueden actuar como árbitros en los arbitrajes de derecho y los segundos únicamente pueden ser árbitros de equidad. Para la adopción de los acuerdos en la Asamblea General los numerarios dispondrán de dos votos y los colaboradores de uno.

2. El Presidente, que representa a la Corte.

3. La Comisión de Gobierno, integrada por el Presidente y cuatro vocales. Es un órgano esencial, al que se le atribuyen importantes tareas en materia de admisión de asociados y en su caso de designación de árbitros.

4. El Director. Le corresponde la gestión económica de la Corte, la planificación y programación de sus actividades y trabajos y la del personal de la Corte. No dirige los procedimientos arbitrales.

5. El Secretario, que a sus funciones como secretario de la Corte se le añade la de actuario en los procedimientos arbitrales, y la de adoptar las diligencias de ordenación de los procedimientos y las disposiciones sobre provisiones de fondos, tasas y honorarios.

Las dos grandes funciones de la Corte son la designación de los árbitros y la administración del arbitraje.

La designación de los árbitros en los arbitrajes encomendados a CIMA es uno de los puntos más característicos de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje.

Los principios de los que se parte, que, como veremos, tienen excepciones, son, en primer lugar, que sólo podrán ser árbitros en los procedimientos arbitrales encomendados a CIMA sus asociados, y, en segundo lugar, que la designación del árbitro o árbitros en los diferentes procedimientos arbitrales, a falta de acuerdo entre las partes para su nombramiento, se realiza por turno riguroso. De esta manera, se huye

de la discrecionalidad y se otorga la máxima transparencia y también celeridad a la designación de árbitros.

Para ser asociado de CIMA y, por tanto, para poder intervenir como árbitro, se exigen como requisitos estar dado de alta en un Colegio de Abogados como ejerciente con una antigüedad de al menos diez años, no haber sido sancionado disciplinariamente como abogado, ni expulsado de la asociación, ni condenado por delito doloso y pertenecer al cuerpo de Abogados del Estado o de Letrados del Consejo de Estado o tratarse de jurista de reconocida competencia y probada experiencia juicio de la Comisión de Gobierno.

La decisión sobre admisión de los aspirantes se adopta por la Comisión de Gobierno, teniendo en cuenta el número de Árbitros de la Corte y su relación con el número de asuntos a laudar en el tiempo en el que debe de resolverse sobre dicha petición. En los momentos actuales el número de asociados es el de 110. Se adopta así un sistema de lista cerrada, pero amplia.

Se parte del principio de que cada árbitro está lo suficientemente preparado en el ámbito jurídico, especialmente en materia mercantil, y que puede ocuparse del arbitraje que se le encomiende, si bien se establecen excepciones con el fin de asegurar también el principio de especialidad.

Los árbitros de CIMA son abogados en ejercicio, de gran prestigio y preparación, integrados en el mundo mercantil, profesional y económico. Se ha huido del árbitro dedicado en exclusiva al arbitraje, que al final los convierte en un grupo pequeño, necesariamente, cerrado y aislado.

El número de árbitros en cada procedimiento arbitral lo fijan las partes. Si no lo hacen, la Corte designará un solo árbitro o tres según las circunstancias del asunto.

En el arbitraje de un solo árbitro las partes podrán ponerse de acuerdo para la elección de un árbitro entre los incluidos en la lista de asociados de la Corte. De no llegarse al acuerdo, el árbitro único será designado por el Presidente, siguiendo un sistema de turno riguroso y automático entre los árbitros de la lista.

Si son tres, a falta de acuerdo, cada parte designa un árbitro y el tercero, que actuará como presidente, será designado por ambos árbitros. Si alguna de las partes no nombra el árbitro que le corresponde o los árbitros nombrados no designan al tercer árbitro, su nombramiento corresponderá al Presidente de CIMA.

No obstante, se prevé que la Comisión de Gobierno en los casos en los que la estricta aplicación del principio automático y rotativo pueda afectar al mejor cumplimiento de los fines de la Corte, a su imparcialidad o al principio de máxima especialización, podrá alterar el turno, pudiendo oírse previamente a las partes interesadas en el arbitraje.

Asimismo, se prevé la posibilidad de que la Comisión de Gobierno, de forma excepcional, a petición de todas las partes, autorice que actúen como árbitros quienes no pertenezcan a la lista de árbitros de la Corte, con un máximo de dos árbitros no pertenecientes a la Corte, en el caso de constitución de tribunal arbitral. En todo caso tales arbitrajes y los árbitros que en ellos intervengan se ajustarán en su actuación y obligaciones a lo establecido en el Reglamento de Procedimiento de CIMA.

Se establece un turno especial para arbitrajes de cuantía inferior a 100.000 euros.

En el caso de arbitrajes internacionales, se establece una lista especial de árbitros, con indicación del idioma que domina cada uno de dichos árbitros.

La Corte cuida de que de manera efectiva se respeten los principios de independencia e imparcialidad. Los árbitros tienen la obligación de revelar todas las circunstancias que puedan dar lugar a dudas justificadas sobre su independencia o imparcialidad. En el caso de recusación de los árbitros por alguna de las partes, si el árbitro no aceptase la recusación su decisión podrá ser recurrida ante la Comisión de Gobierno, que decidirá previa audiencia del árbitro y de las partes.

La Corte Civil y Mercantil de Arbitraje cuenta con un reglamento de procedimiento, aprobado por la Asamblea General Extraordinaria de Socios de 17 de junio de 2010, con arreglo al cual se tramitarán y resolverán las controversias que se sometan a la Corte.

En dicho Reglamento se han tratado de incorporar las modificaciones aconsejadas por la experiencia y asimismo las recomendaciones proporcionadas por el Club Español del Arbitraje, entidad que agrupa a las principales cortes arbitrales y expertos en materia de arbitraje y cuya misión es la unificación de las reglas sobre arbitraje de las distintas instituciones arbitrales españolas, sin perjuicio de sus peculiaridades propias.

La función de organizar y dirigir el procedimiento se atribuye a los propios árbitros. La Corte, fundamentalmente a través de la figura del Secretario, lo que hace es prestar apoyo al arbitraje, brindarle los medios materiales y tratar de lograr que el mismo se desarrolle correctamente en todos sus trámites, que se practiquen de forma eficaz las notificaciones y comunicaciones y que se cumplan las decisiones de los árbitros en materia de procedimiento.

El Reglamento de CIMA establece una regulación ordenada del procedimiento arbitral, que se considera que ofrece garantía y seguridad a las partes, pero se huye de una visión procesalista de la materia.

Se establece así un sistema flexible, en el que se dan amplias potestades de ordenación del procedimiento al árbitro, respetando siempre lo acor-

dado por las partes y que en todo caso trata de preservar los principios rectores del procedimiento arbitral, de audiencia, igualdad y contradicción.

Como notas más características del procedimiento puede resaltarse que los plazos, salvo acuerdo en contrario, se computan por días naturales, sin excluir los inhábiles y que el mes de agosto será inhábil, salvo que cualquiera de las partes solicite su habilitación. El procedimiento arbitral da comienzo con la presentación de la solicitud de arbitraje ante la Corte, lo que supone adelantar y extremar las garantías.

El árbitro fijará según lo pedido por ambas partes o, en otro caso, por decisión propia, el lugar y el idioma del arbitraje.

Se atenúa el principio de preclusión procesal y se permite, salvo que las partes acuerden otra cosa, que cualquiera de ellas pueda modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que el árbitro lo considere improcedente por razón de la demora con la que se hubiera hecho.

En materia probatoria se contiene una regulación somera, atribuyéndosele al árbitro la decisión sobre la admisibilidad y práctica de las pruebas propuestas por las partes. Tampoco se establece la aplicación supletoria de ninguna norma procesal. Se acude así a un principio de libertad que huye de los formalismos.

Expresamente se contempla la posibilidad de que los árbitros adopten medidas cautelares, salvo acuerdo en contrario de las partes. No se prevé, en cambio, el nombramiento de un árbitro de emergencia que analice exclusivamente lo relativo a la adopción de medidas cautelares, sino que su adopción corresponderá en su caso al árbitro del procedimiento, siempre a solicitud de parte.

Por lo que se refiere al capítulo económico, se parte de un principio de moderación, calculándose los honorarios de los árbitros y la tasa de la Corte en función de la cuantía del asunto, en los términos que figuran publicados en la página web de la Corte.

(Autor: Manuel Garayo Orbe. Director de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje).

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

1. Introducción

Es sabido que la Cámara de Comercio internacional (CCI, www.iccbo.org) es un centro pionero en el mundo de los negocios, siendo su Tribunal Arbitral la escuela en la que se han formado un gran número de jueces provenientes de diversas nacionalidades y culturas.

Si bien en un principio se entendió que el movimiento arbitral era patrimonio exclusivo de eminentes juristas, especialmente catedráticos de Facultades de Derecho, la realidad ha demostrado que también son excelentes árbitros los empresarios, hombres de negocio y asesores jurídicos, independientemente de su adscripción a una determinada cultura y procedencia geográfica.

En este sentido la dicotomía existente entre el derecho anglosajón (ver término «*common law*») y el derecho continental (ver término «*civil law*») ha desaparecido, dejando paso a una activa presencia de los países árabes, los países del lejano oriente y muy especialmente los países situados en la Cuenca del Pacífico.

2. Estructura del sector de la CCI dedicado a la resolución de controversias

En lo que se refiere a la estructura de la CCI en su ámbito relativo a la resolución de controversias, cuenta con:

- Una Corte Internacional de Arbitraje (CIA)
- Un Centro de *Dispute Boards*
- Un Centro Internacional de Peritaje (CIP)
- Una Secretaría ADR

3. La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Es el centro de arbitraje adscrito a esta organización que tiene como misión promover la solución de conflictos comerciales de carácter internacional o de aquellos negocios que así acuerden las partes, mediante el sistema de arbitraje.

Este organismo nació en 1923 en el seno de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), estando en la actualidad integrada por árbitros procedentes de 88 países del mundo, que resuelven los conflictos que las partes le someten de forma voluntaria. (www.iccarbitration.org).

No obstante, la Corte no se ocupa directamente de las controversias sometidas al arbitraje, ya que ésta es una labor encomendada a los árbitros nombrados según el Reglamento que regula esta institución. La labor de la Corte es la de supervisar el procedimiento de arbitraje, controlando que se ajusta a lo establecido en sus normas, desde el inicio hasta la emisión del laudo arbitral. Para ello cuenta con un Reglamento interno que establece las pautas de desarrollo para estos procedimientos, que fue revisado en 1998 para hacer más efectivo su funcionamiento, ya que el gran número de casos presentados ante su tribunal había repercutido en la rapidez y eficacia de sus laudos. No obstante, se mantuvieron una serie de rasgos esenciales dentro de la actividad arbitral como, por ejemplo, la internacionalidad de los árbitros, el reforzamiento de la figura del Secretario General y la elaboración del acta de misión que compromete a árbitros y partes.

Estos rasgos se mantuvieron sin perjuicio de una cierta flexibilización, solicitada por las partes a lo largo del proceso.

Lo que sí ha permitido la nueva redacción del Reglamento Arbitral de la CCI ha sido la agilización del procedimiento, abreviando los trámites y los plazos, así como asegurando el derecho de las partes a ser oídas.

Como novedades que se introdujeron en 1998 para responder a las demandas del arbitraje internacional, hay que destacar las siguientes:

- La regulación del denominado arbitraje multiparte que permite el desarrollo de procedimientos arbitrales de gran tamaño.

- La regulación de las medidas provisionales como instrumento de garantía y seguridad de las partes en el proceso.

- El derecho de las partes a reducir los plazos establecidos en el reglamento *(fast-track* o procedimiento abreviado).

- El derecho de los árbitros para fijar reuniones y deliberar en lugar distinto al de la sede del arbitraje.

- Nuevas normas relativas al idioma del procedimiento y la protección del secreto profesional.

- La pautas de nombramiento para el caso de los llamados tribunales truncados.

- Corrección e interpretación de sentencias, así como criterios para delimitar la responsabilidad de los árbitros y de la institución arbitral.

Como queda patente en esta regulación, la CCI busca la mayor eficiencia posible en los arbitrajes buscando fórmulas que acerquen este tipo

de solución de conflictos a la problemática de una sociedad en constante evolución.

3.1. Modos de acceso a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Existen dos modos de acceso a los medios de solución de controversias de la Corte:

a) Los miembros de la CCI

Las empresas y organizaciones de los Estados se agrupan en Comités Nacionales que se ubican en los diferentes países del mundo. Estos organismos ofrecen sus servicios de manera general, apoyando el reforzamiento del comercio internacional, y representando de la mejor manera posible el colectivo empresarial propio de cada Estado. En el caso de que algún país no cuente con un Comité Nacional propio podrán adherirse a la CCI a través de su Secretaría.

En concreto, en el ámbito de la resolución de controversias, cuando una empresa u organización solicita de la Corte la designación de un árbitro, la CCI invita al Comité Nacional para que proponga aquellos candidatos que considere oportunos. La opción propuesta por el Comité Nacional es aceptada en la mayoría de los casos, dado que son conocedores del entramado empresarial que se desenvuelve en su territorio.

b) No miembros de la CCI

La Corte está abierta a todos aquellos empresarios y organizaciones que quieran someter la solución de sus controversias ante sus árbitros y acepten el Reglamento que regula el procedimiento a seguir.

3.2. El Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Los procedimientos que se siguen en la Corte siguen las pautas establecidas en el Reglamento que regula su desarrollo. Esta norma interna funciona como una ley procesal, estando obligados los árbitros a seguir sus dictados, lo que ofrece a las partes seguridad jurídica y previsibilidad en los plazos establecidos.

No obstante, dicho Reglamento fue modificado el 1 de enero de 1998, dado que la práctica y el uso del mismo habían dado lugar a un procedimiento demasiado largo y pesado que era comparable al seguido en un procedimiento judicial.

El Reglamento contiene normas que sirven para designar los árbitros, bien por las partes, siendo confirmados posteriormente por la CCI, o siendo directamente nombrados por la Corte.

Hay que destacar la flexibilidad de las normas contenidas en el Reglamento, que permite que el arbitraje se desarrolle en cualquier país, en cualquier idioma y sometido a cualquier norma (nacional o anacional), a pesar de que la sede de la Secretaría General se encuentra en París.

3.3. La presentación de un asunto ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Los litigios que se presentan ante la Corte deben seguir las directrices establecidas por el Reglamento, a fin de que exista uniformidad dentro del proceso.

a) Normas para la presentación de la demanda

Las demandas deben contener información básica sobre:

a.1. Los medios de elección de los árbitros más adecuados para resolver el asunto en litigio;

a.2. Establecer los criterios de defensa y la presentación de documentos.

El Reglamento permite que las partes se presenten de manera individual o representadas por terceros (abogados, asesores legales, etc.).

b) Normas sobre la elección de los árbitros

El Reglamento permite la elección de:

b.1. Un árbitro único

En este caso las partes deben ponerse de acuerdo para nominar un árbitro que posteriormente debe ser confirmado por la Corte.

b.2. Tres árbitros

En el caso de que no existan nombramientos conjuntos por las partes o acuerdo en el modo de llevar a cabo la designación, la Corte podrá nombrar a cada uno de los miembros del tribunal arbitral.

c) Autonomía de la voluntad de las partes

El Principio de la autonomía de la voluntad está presente en todo el procedimiento, de tal forma que la elección de las partes prima sobre las normas establecidas por la Corte en relación a la sede del arbitraje, las normas jurídicas aplicables al fondo y el idioma en el que se desarrollará el arbitraje.

d) El laudo arbitral

El tribunal arbitral debe pronunciar su laudo en un plazo no superior a seis meses, si bien la Corte puede, por petición motivada del tribunal arbitral, prolongar este plazo si lo estima necesario. El laudo debe estar

motivado, debiendo dictarse por mayoría en el caso de que exista una pluralidad de árbitros.

d.1. Costes del arbitraje sometido a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Toda solicitud de arbitraje debe ir acompañada de una cantidad de dinero que se corresponde con un anticipo de los gastos administrativos que este procedimiento generará, así como de los honorarios y gastos de los árbitros, no siendo reembolsable en el caso de que las partes desistan de iniciar el arbitraje. En el caso de que el tribunal designado sea de tres árbitros, los gastos se triplicarán. Si fuera necesaria la designación de un perito, en defecto de la propuesta de las partes, lo elegirá la Corte, estableciendo ésta también sus honorarios.

Esta cantidad es muy superior a la que se solicita en el un procedimiento judicial, de ahí que sólo se acuda a este tipo de solución de controversias cuando la especialización y la cuantía del caso lo justifiquen.

(Autora: Carmen Parra. Profesora de Derecho Internacional/U. Abat Oliba de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Carbonneau, T.E. «*Lex Mercatoria and Arbitration discussion of the New Merchan Law*». Nueva York: Ed. Dobbs Ferry, 1990. Cremades, B. «Las nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional». *Derecho de los Negocios*, n.º 85, pp. 1-10. David, R. *L'arbitrage dans le commerce international*. París, 1982. Kassis, A. *Théorie générales usages du commerce (droit comparé, contrats, abitrales internationaux, lex mercatoria).* París, 1984. Sanders, P. «*Trends in the Field of International Commercial Arbitration*». *RCADI,* 1975, vol. 145, pp. 227-235.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje institucional. Acta de misión. Arbitraje multiparte. Corte de arbitraje. Costas del arbitraje. Dispute Boards. Idioma del procedimiento. Laudo arbitral. Medidas cautelares. Reglamento arbitral. Tribunal arbitral.

Corte de Arbitraje (ver término «Arbitraje institucional»)

Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia

La Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia se configura como una institución arbitral especializada en la prestación de servicios arbitrales, a la que poder encomendar la administración del arbitraje y/o la designación de los árbitros, facilitando a tales efectos la regulación y los medios necesarios, tanto personales como materiales, para el normal desarrollo del procedimiento arbitral, labor ésta que viene desarrollando la Corte desde su constitución oficial mediante acuerdo de su Pleno Corporativo, adoptado el 31 de mayo de 1989, tomando como base la Ley de Arbitraje de 5 de diciembre de 1988, sustituida posteriormente por la vigente Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, si bien sus orígenes se remontan al *Consolat del Mar* de Valencia, institución creada por Pedro el Grande en 1283.

Se ubica en el seno de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, cuya normativa reguladora, la Ley n.º 3/1993 de 22 de marzo de 1993, básica de las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación (texto legal que fue objeto de modificación por la Ley n.º 50/1998 de 30 de diciembre de 1998, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social), confiere a estas Corporaciones de Derecho Público diversas y múltiples funciones de carácter público-administrativo, entre la que se encuentra «la de desempeñar el arbitraje mercantil, tanto en el ámbito nacional como en el internacional», si bien la Ley de Cámaras de 1911 ya preveía, como funciones propias de la Cámara, la intervención como amigables componedores en las cuestiones que se susciten entre los electores cuyos intereses representan. Cabe añadir que es el artículo 14 de la vigente Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, el que contempla la posibilidad de que las partes en conflicto puedan encomendar la administración del arbitraje y la desig-

nación de árbitros a «Corporaciones de Derecho Público que puedan desempeñar funciones arbitrales, según sus normas reguladora», precepto que viene a sustituir al artículo 10 de la Ley de 1988, encontrándose ambos preceptos muy distantes del contenido del artículo 22 de la Ley de 22 de diciembre de 1953, precepto éste que prohibía el arbitraje institucional al impedir que los compromitentes pudieran deferir a un tercero el nombramiento de los árbitros, pues éstos debían ser designados, en todo caso, de común acuerdo por aquéllos.

Su denominación actual es el fruto de la modificación de sus estatutos, aprobada el 21 de junio de 2007 por el Pleno de la Cámara, coincidiendo con el nombramiento de su actual presidenta, la Prof. Dra. Silvia Barona Vilar (a la que habían precedido en su cargo D. José Enrique Silla que, como titular de la Cámara, fue el primer presidente de la Asamblea General de la Corte, estando su primera Junta de Gobierno presidida por D. Carlos Climent, al que sustituiría D. Luís Miguel Romero desde 1998 hasta 2003 y D. Vicente Simó hasta 2007), pasando a introducir de forma definitiva el término «mediación» en todas las referencias a la Corte, que la convierte no ya en la Corte de Arbitraje —denominación ésta utilizada hasta la fecha—, sino en la Corte de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia.

La Corte se rige en su actuación por lo dispuesto en sus Estatutos, su Reglamento y en la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, así como por la legislación estatal o autonómica que en el futuro se dicte. En particular, mediante acuerdo de 29 de marzo de 2004, del Pleno de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia, se aprobaba su Reglamento, publicado en el DOGV n.º 4750, de 11 de mayo de 2004, acto de voluntad unilateral de la institución arbitral que desarrolla las normas legales sobre administración del arbitraje, recogiendo como anexo las tarifas por gastos del arbitraje aprobadas por la Junta de Gobierno, y disponiendo la Corte de un censo actualizado de árbitros compuesto por personas de reconocido prestigio profesional e independencia, siendo ésta la verdadera clave de su éxito.

De su reglamento destaca, además de la referencia que su artículo 4 recoge al Valenciano como posible lengua en que desarrollar el arbitraje, las constantes referencias y especialidades previstas para los conflictos que puedan plantearse en materia de propiedad industrial, competencia, diseño, propiedad intelectual y otras propiedades especiales que requieran una inmediata intervención arbitral. Así, se prevén especialidades respecto de dichas materias en relación con la designación de árbitros especialistas que puedan actuar con la debida celeridad (artículo 15). Lo mismo acontece en materia de medidas cautelares, pudiendo adoptarse la tutela cautelar anticipatoria cuando, designados los árbitros, consideraren que se cumplen los presupuestos necesarios para su adopción (artículo 23), en relación con el nombramiento de peritos (artículo 35) o en lo que se refiere al plazo para dictar laudo, en cuyo caso los árbitros deberán decidir la controversia dentro de los tres meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación de la parte demandada o de expiración del plazo para presentarla, salvo acuerdo en contrario de ambas partes o decisión motivada arbitral sin oposición de ambas.

(Autor: Sergio González Malabia. Abogado de J&A Garrigues, SLP).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Andrés Ciurana, A. «Las instituciones arbitrales nacionales (desarrollo, fundamento y consolidación del arbitraje institucional». *Act. Civ.*, n.º 3, del 15 al 21 de enero de 2001. Almagro Nosete, J. «La nueva Ley española de arbitraje». *Estudios de Derecho Procesal en honor de Victor Fairen Guillén*. Valencia, 1990. Badenas Carpio, J.M. «El arbitraje institucional: breve comentario al Reglamento de la Corte de Valencia». *Act. Civ.*, 1993, n.º 15. Cordón Moreno, F. *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*. Bercovitz (Coord.). Madrid: Cívitas, 1990. Del Saz, S. *Cámaras Oficiales y Cámaras de Comercio*. Madrid: Marcial Pons, 1996. Munné Catarina, F. *La administración del arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 2002. Roca Martínez, J.M. *Arbitraje e instituciones arbitrales*. Barcelona: Bosch, 1992.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje Institucional. Convenio Arbitral. *Consolat* de Mar. Corte de Arbitraje. Designación de los Árbitros. Mediación.

Corte de Arbitraje de Madrid

La Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid (Corte de Arbitraje de Madrid; www.arbitramadrid.com) fue creada en 1989.

En todas las economías desarrolladas, el arbitraje es el procedimiento más adecuado para resolver de forma rápida y confidencial los conflictos que puedan surgir entre los agentes económicos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Las cámaras de comercio de todo el mundo tienen una labor protagonista en la creación y desarrollo de sistemas de arbitraje.

En sus más de 20 años de vida, la Corte de Arbitraje de Madrid ha acumulado una amplia experiencia en la administración de arbitrajes comerciales nacionales e internacionales.

La institución asume hoy los nuevos retos del arbitraje con vocación globalizada. Por eso, la Corte de Arbitraje de Madrid es una corte de arbitraje internacional que asume la administración de arbitrajes con partes no españolas, en idiomas distintos al español, y puede administrar arbitrajes con sede del arbitraje fuera de España.

La Corte de Arbitraje, además, actúa regularmente como autoridad nominadora, procediendo, si las partes así lo solicitan, a designar al árbitro en arbitrajes nacionales e internacionales no administrados por la Corte.

El Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, en vigor desde el 1 de enero de 2009, es homologable con los estándares internacionales y responde a las crecientes y cambiantes necesidades de los empresarios y usuarios del arbitraje. Las características más significativas de este reglamento son las siguientes:

- Se otorga libertad a las partes para elegir el lugar e idioma del arbitraje, siendo por defecto Madrid y el castellano, respectivamente.

- Las partes tienen libertad para elegir a los árbitros de parte y para acordar de mutuo acuerdo la designación del árbitro único. De no lograrse dicho acuerdo, será la Corte de Arbitraje la que procederá al nombramiento. En caso de Tribunal Arbitral, los árbitros designados por las partes serán los encargados de nombrar al Árbitro Presidente, que en caso de falta de acuerdo será nombrado por la Corte. La Corte de Arbitraje de Madrid cuenta con más de 200 árbitros de prestigio, de 15 nacionalidades distintas. Para la designación de los árbitros en los distintos casos que le son sometidos, la Corte de Arbitraje analiza el asunto concreto y realiza un pormenorizado análisis de formación, trayectoria y experiencia, con la finalidad de garantizar la idoneidad de los árbitros designados para el litigio concreto, velando igualmente por su imparcialidad.

- Los árbitros dirigen el arbitraje a través de la emisión de órdenes procesales.

- Se favorece la comunicación electrónica, exigiendo a las partes, cuando sea posible, la presentación de sus escritos en este formato.

- Se prevé la revisión formal del laudo por la Corte con carácter previo a su firma por los árbitros.

- Si así lo autorizan las partes, se prevé la publicación de los laudos una vez eliminados los datos identificativos de las partes.

- Se regula como principio orientador la condena en costas en función del éxito y el fracaso de las respectivas pretensiones de las partes.

- Se regula la acumulación de procedimientos y la posible intervención de uno o más terceros.

- Se fija el plazo para dictar laudo en 6 meses, más una prorroga de oficio de un máximo de dos meses. Se prevé, para casos excepcionales, una segunda prorroga concedida por la Corte a solicitud de los árbitros, de como máximo dos meses adicionales.

La Corte de Arbitraje de Madrid ofrece además la utilización del sistema TAO-OAM para la tramitación de arbitrajes, un sistema de acceso *online* de 24 horas al día, los siete días de la semana, facilitando la gestión y los trámites arbitrales y agilizando así, los plazos.

(*Autor: Miguel Temboury. Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid*).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje institucional. Corte de arbitraje. Costas del arbitraje. *Dispute Boards*. Idioma del procedimiento. Laudo arbitral. Medidas cautelares. Reglamento arbitral. Tribunal arbitral.

Corte de Arbitraje del Deporte (CAD/TAS/CAS) de Lausana

A iniciativa de S.E. Juan Antonio Samaranch, se creó en 1983 un organismo, vinculado al Comité Olímpico Internacional (COI), denominado Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD) con sede en Lausana (Suiza). De esta manera, el COI ponía a disposición del público deportivo una institución de arbitraje cuyos miembros, profundos conocedores del deporte, podían aportar soluciones satisfactorias a sus conflictos.

Tras algunas críticas (*obiter dictum*) formuladas por el Tribunal Federal Suizo acerca de la independencia del TAD, en particular cuando el COI era parte del litigio (durante la revisión de un laudo del TAD en el caso *Gundel* c/*FEI* en 1992); la estructura inicial del TAD se vio modificada mediante el Convenio relativo a la constitución del Consejo Internacional del Arbitraje en materia deportiva (CIAS) emitido conjuntamente por el COI, la Asociación de Federaciones Olímpicas internacionales de deportes de verano (ASOIF), la Asociación de Federaciones Olímpicas

internacionales de deportes de invierno (AIWF) y la Asociación de los Comités Olímpicos Nacionales (ACNO), el 22 de junio de 1994 (también conocido como «Convenio de París»).

En 1994, se determinó la organización actual del TAD mediante la aprobación de un Código de arbitraje en materia deportiva, en el que se creó un órgano supremo a la cabeza del TAD: el CIAS, materializando así el Convenio de París. El CIAS es un organismo administrativo y de financiación del TAD cuya misión es salvaguardar la independencia del TAD en términos generales y particularmente frente al COI, así como garantizar los derechos de las partes y favorecer la resolución de los litigios en materia deportiva, por medio del arbitraje.

Asimismo, actualmente la combinación estructural del CIAS con el TAD componen los dos órganos de la Corte de Arbitraje del Deporte (CAD) *lato sensu*, habida cuenta que ambos organismos comparten competencia en la resolución de conflictos en materia deportiva por vía del arbitraje (*cf.* S1 del Código del arbitraje en materia deportiva).

1. El CIAS

El CIAS (fundación de Derecho suizo) está compuesto por veinte profesionales del derecho de reconocido prestigio, que son designados de la siguiente manera:

a) Cuatro miembros son designados por las Federaciones Internacionales (FI), tres de ellos por la ASOIF y uno por la AIWF. Son elegidos interna o externamente.

b) Cuatro miembros son designados por la ACNO, elegidos interna o externamente.

c) Cuatro miembros son designados por el COI, de entre sus miembros o del exterior.

d) Cuatro miembros, que velarán por los intereses de los atletas, son designados por los doce anteriores.

e) Cuatro miembros son designados por los dieciséis anteriores de entre personalidades independientes de los organismos que figuran en los apartados anteriores.

Los miembros del CIAS son elegidos por un periodo renovable de cuatro años. Teniendo en cuenta el carácter independiente del organismo, dichos miembros no pueden figurar en la lista de árbitros del TAD, ni tampoco actuar como consejeros de las partes en un proceso ante el TAD.

Las prerrogativas del CIAS son las siguientes:

1. Aprobar y modificar el Código del arbitraje en materia deportiva.

2. Designar a las personas que han de constituir la lista de árbitros del TAD.

3. Ejercer las funciones en materia de recusación y de revocación de los árbitros.

4. Asegurar la financiación del TAD: *i.e.* recibir y gestionar los fondos que afecten a su funcionamiento, así como aprobar el presupuesto y las cuentas anuales del TAD.

5. Nombrar al secretario general del TAD.

6. Ejercer la supervisión sobre las actividades del TAD.

7. Proponer o implementar estructuras arbitrales regionales o locales permanentes o *ad-hoc*.

8. Crear, si lo considera oportuno, un fondo de asistencia para facilitar el acceso al arbitraje del TAD, fijando las modalidades de su funcionamiento.

9. Tomar las medidas necesarias para asegurar la protección de los derechos de las partes, así como para garantizar mejor la independencia absoluta de los árbitros del TAD y favorecer la resolución de los litigios en materia deportiva por la vía del arbitraje.

El CIAS debe asimismo elegir entre sus miembros y por un periodo de cuatro años, a:

Un presidente, tras consultar con los siguientes organismos: COI, ASOIF, AIOWF y ACNO (el presidente del CIAS también es presidente del TAD);

Dos vicepresidentes, tras consultar con los siguientes organismos: COI, ASOIF, AIOWF y ACNO;

El presidente de la Cámara de Arbitraje y el presidente de la Cámara de Apelación del TAD; y

Los suplentes de los dos presidentes de Cámara.

2. El TAD

La Corte de Arbitraje del Deporte (CAD) es una institución permanente de arbitraje, tal como la CCI o la AAA, pero especializada en la resolución de litigios en materia deportiva. Para cumplir con su misión, la CAD organiza grupos arbitrales encargados de resolver litigios a ellos sometidos. Cada grupo constituido por la CAD constituye a su vez un tribunal arbitral. Cuando hablamos de un «laudo del TAD» nos referimos en realidad a un laudo emitido por un grupo arbitral creado por la CAD. Este uso «abreviado» existe también en el ámbito de la CCI don-

de se habla frecuentemente de «laudos de la CCI» cuando en realidad los laudos son emitidos por un tribunal arbitral creado o confirmado por la Corte de Arbitraje de la CCI.

Aparte de esa precisión exclusivamente terminológica, el TAD se encarga de resolver por la vía del arbitraje (desde 1999, la mediación también es parte de las funciones del TAD, aspecto no tratado en esta contribución) los litigios que surgen en el deporte. El TAD cuenta para ello con una lista de árbitros que actúan en grupos arbitrales de uno o tres árbitros.

En el TAD existen dos Cámaras dirigidas cada una por un Presidente:

a) La Cámara de Arbitraje (casos contractuales comerciales: por ejemplo, patrocinio, derechos de televisión, traspasos de atletas, relaciones entre jugadores, entrenadores y clubs, etc.);

b) La Cámara de Apelación (dopaje, violencia sobre el terreno de juego, insultos al árbitro, etc.).

El papel de los presidentes de Cámara consiste en dirigir las primeras operaciones del arbitraje desde su inicio, hasta que el grupo arbitral haya sido constituido. Durante ese periodo, los presidentes dictan frecuentemente órdenes de medidas cautelares o de efectos suspensivos e intervienen en la constitución de los grupos arbitrales. La dirección del proceso les corresponde a los árbitros de los grupos arbítrales, una vez hayan sido designados.

El TAD está compuesto por dos Cámaras, pero puede actuar de tres maneras distintas:

a) Resolviendo conflictos que han sido sometidos por vía del arbitraje ordinario en el cual el TAD actúa como única instancia.

b) Dirimiendo los litigios que por vía de apelación se le presenten (siempre que afecten a las decisiones de última instancia de las autoridades disciplinarias de las federaciones, asociaciones u otros organismos deportivos, en la medida en que se encuentre previsto en sus estatutos o en un acuerdo explícito).

c) Dando su opinión consultiva a petición del COI, de los Comités Olímpicos Nacionales (CNO), del Comité de Organización de los Juegos Olímpicos (COJO), de las FI, o de asociaciones reconocidas por el COI (por ejemplo, la Agencia Mundial contra el Dopaje (WADA), el Comité Paralímpico Internacional, etc.).

Además de las Cámaras permanentes de arbitraje y de apelación, existen Cámaras *ad-hoc* del TAD creadas con ocasión de cada evento deportivo de importancia mayor. La primera Cámara *ad-hoc* fue creada para solucionar litigios derivados de los Juegos Olímpicos de Atlanta, en 1996. Las Cámaras *ad-hoc* adoptan un proceso acelerado. Los árbitros están presentes en el lugar de los Juegos y pueden emitir un laudo en un plazo de 24 horas. Desde 1996, varias Cámaras *ad-hoc* han sido creadas para todos los Juegos Olímpicos de verano y de invierno, así como para los Juegos del Commonwealth, desde 1998, el Campeonato Europeo de la UEFA, desde 2000 y la Copa del Mundo de la FIFA, desde 2006.

La lista cerrada de árbitros que forman parte del TAD deber ser aprobada por el CIAS. El CIAS se encarga de elegir a personas con formación jurídica y una competencia reconocidas en materia de deporte y/o de arbitraje internacional. Los árbitros del TAD son elegidos por un periodo renovable de cuatro años y no pueden actuar como consejeros de las partes en un proceso ante el TAD.

El número de árbitros debe ser de ciento cincuenta como mínimo (cerca de trescientos en 2010) y han de representar equitativamente todos los continentes y culturas jurídicas, así como responder a las siguientes proporciones:

a) 1/5 de los árbitros son escogidos de entre personas propuestas por el COI;

b) 1/5 de árbitros son escogidos de entre personas propuestas por las FI;

c) 1/5 de árbitros son escogidos de entre personas propuestas por los CNO;

d) 1/5 de árbitros son escogidos, una vez realizadas las consultas pertinentes, para salvaguardar los intereses de los atletas;

e) 1/5 de árbitros son escogidos de entre personas independientes de los organismos que figuran en los apartados anteriores.

Los árbitros no dependen de una Cámara particular del TAD. Pueden obrar tanto en grupos de arbitraje ordinario como de apelación arbitral. Todos los árbitros deben respetar reglas estrictas en materia de confidencialidad.

La sede del TAD se encuentra en Lausana (Suiza), al igual que la de sus tribunales (grupos arbitrales), si bien en circunstancias justificadas el Presidente del grupo arbitral, o en su defecto el Presidente de la Cámara, puede decidir, después de consultar a las partes, que la vista se celebre en otro lugar. Las lenguas de trabajo del TAD son habitualmente el inglés o el francés pero se puede solicitar el acuerdo del grupo arbitral y del secretariado del TAD para adoptar otro idioma, por ejemplo el español.

En 2010, la administración del TAD en Lausana estaba compuesta de un secretario general, un director administrativo y ocho consejeros jurídicos. Cada entidad descentralizada (Nueva York, Sidney), creada para facilitar el acceso al TAD para las partes con domicilio en Oceanía y Norteamérica, cuenta con un secretario permanente. En 2010, el CIAS comunicó su intención de establecer más entidades descentralizadas en

otros continentes. En nuestra opinión, dicho objetivo, en combinación con el éxito de las Cámaras *ad-hoc* del TAD, contribuirá considerablemente al aumento de la notoriedad del TAD ante los atletas, los organismos deportivos, los profesionales del derecho y la prensa en el mundo entero.

(Autor: Juan Carlos Landrove. Profesor adjunto (chargé de cours) de la Universidad de Lausana).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Página web de la CAD (http://www.tas-cas.org). Baddeley, M. «La resolución de conflictos en el seno de una federación internacional», in Coloquio jurídico internacional FIBA, Deusto 1999, pp. 689-695. Blanco, E. y J. Carles. *Manual de la organización institucional del deporte*. Paidotribo, 1999. González de Cossio, F. *Arbitraje deportivo*. Porrúa, 2006. Reeb, M. «Le modèle de la Chambre *ad-hoc* du TAS aux Jeux Olympiques-Aspects pratiques», in Rigozzi/Bernasconi. The Proceedings before the Court of Arbitration for Sport. Weblaw, 2007, pp. 177-186. Rigozzi, A. *L'arbitrage international en matière de sport*. Helbing & Lichtenhahn, 2005.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje deportivo. Arbitraje institucional. Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD). Arbitraje de equidad. Arbitraje de Derecho.

Corte Española de Arbitraje

1. Naturaleza jurídica y funciones. Sede. Organización. Cláusula

La Corte Española de Arbitraje, decana de los Tribunales arbitrales españoles, se encuentra adscrita al Consejo Superior de Cámaras de Comercio español y a través de ella se administran los arbitrajes de carácter interno e internacional que le son sometidos, con plena independencia de los restantes órganos del Consejo Superior de Cámaras, y cumpliendo con ello el mandato atribuido por el artículo 18.2.i de la Ley n.º 3/1993 de 22 de marzo de 1993, Básica de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación.

Entre sus funciones se encuentran, junto con la de administrar los arbitrajes que le sean encomendados, intervenir como autoridad nominadora cuando así se le requiera, el desarrollo de actividades consultivas y de estudio en materia arbitral, gestión del registro de laudos, celebración de convenios de colaboración con otras entidades públicas o privadas del ámbito nacional e internacional y, en general, la difusión de la cultura arbitral.

Las decisiones adoptadas por la Corte Española de Arbitraje son definitivas, sin perjuicio de los motivos impugnatorios que pudieran hacerse valer a través del ejercicio de la correspondiente acción de anulación contra el laudo.

La Corte Española de Arbitraje tiene su sede en Madrid (c/ Ribera del Loira 12) y su estructura organizativa se compone de un Presidente, un Comité Permanente, una Comisión de designación de árbitros y la Secretaría General.

Su cláusula tipo reza:

«Toda controversia que se derive del presente contrato o de un acuerdo, se resolverá definitivamente, mediante arbitraje administrado por la Corte Española de Arbitraje, de acuerdo con su Reglamento y Estatuto, a la que se encomienda la administración del arbitraje y, el nombramiento del arbitro o de los árbitros».

2. Análisis esencial del procedimiento ante la Corte Española de Arbitraje

Los Estatutos de la Corte Española de Arbitraje, en su redacción vigente, entraron en vigor el 26 de mayo de 2010, rigiéndose los arbitrajes administrados por la misma por un Reglamento de 15 de mayo de 2010.

El procedimiento se inicia mediante la correspondiente solicitud o anuncio de arbitraje (ver término «Demanda arbitral»), siendo desig-

nados los árbitros, ante la falta de acuerdo de las partes, atendiendo a la preferencia de las mismas sobre la lista de candidatos suministrada por la propia Corte, en función de las características de la controversia, en modo similar al empleado por el Instituto de Arbitraje de los Países Bajos o la OMPI.

Con carácter general, el árbitro será único, salvo acuerdo de las partes en nombrar cada una a su árbitro. Dentro del Tribunal Arbitral podrán incluirse profesionales no jurídicos, con el consentimiento de las partes.

En la Corte Española de Arbitraje se prevé la figura del arbitro de urgencia, con las mismas facultades que los árbitros, que cesará al nombrarse a estos últimos, salvo acuerdo de las partes en que el primero continúe con carácter definitivo La revisión inicial de la existencia, validez y alcance del convenio arbitral por la Corte será revisable por los árbitros.

La acumulación de arbitrajes podrá adoptarse por la Corte a instancia de parte y siempre que concurran los requisitos de identidad subjetiva y conexión objetiva. La intervención de terceros se podrá acordar por los árbitros a instancia de parte y con el consentimiento escrito de aquéllos.

Tras el anuncio de arbitraje y contestación al mismo, se nombrará árbitro, entregándosele el expediente y convocando éste al levantamiento del Acta de Misión, donde se definirán las pretensiones sumariamente, se determinara el Derecho aplicable, el lugar, idioma y tipo de arbitraje, y se fijará el calendario procesal. Tras la formalización de demanda y contestación, y eventual reconvención, se abrirá un periodo de prueba seguido de conclusiones orales o escritas.

Los árbitros, con carácter previo a la redacción definitiva del laudo y su firma, trasladarán el proyecto de texto del mismo a la Corte, que podrá sugerir la introducción dentro de la misma de modificaciones de carácter formal, llamando la atención de los árbitros sobre aquellos aspectos del fondo o sobre las costas que estime oportunos.

Se establece un procedimiento abreviado para aquellos arbitrajes de cuantía inferior a 300.000 euros y un procedimiento rápido para los arbitrajes en que su cuantía, sencillez o urgencia así lo aconseje.

En materia de costas regirá el criterio progresivo de imposición de modo que reflejen el éxito o fracaso relativo de las pretensiones de las partes.

(Autor: Pablo Fernando Poza Cisneros. Secretario General de la Corte Española de Arbitraje. Abogado del Estado).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje institucional. Consejo Superior de Cámaras de Comercio. Corte de Arbitraje. Reglamento de arbitraje.

Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional

1. Introducción

Es sabido que la Cámara de Comercio internacional (CCI, www.iccbo.org) es un centro pionero en el mundo de los negocios, siendo su Tribunal arbitral la escuela en la que se han formado un gran número de jueces provenientes de diversas nacionalidades y culturas.

Si bien en un principio se entendió que el movimiento arbitral era patrimonio exclusivo de eminentes juristas, especialmente catedráticos de Facultades de Derecho, la realidad ha demostrado que también son excelentes árbitros los empresarios, hombres de negocio y asesores jurídicos, independientemente de su adscripción a una determinada cultura y procedencia geográfica.

En este sentido la dicotomía existente entre el derecho anglosajón (ver término «*common law*») y el derecho continental (ver término «*civil law*») ha desaparecido, dejando paso a una activa presencia de los países

árabes, los países del lejano oriente y muy especialmente los países situados en la cuenca del pacífico.

2. Estructura del sector de la CCI dedicado a la resolución de controversias

En lo que se refiere a la estructura de la CCI en su ámbito relativo a la resolución de controversias, cuenta con:

- Una Corte Internacional de Arbitraje (CIA).
- Un Centro de *Dispute Boards*
- Un Centro Internacional de Peritaje (CIP)
- Una Secretaría ADR.

3. La Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Es el centro de arbitraje adscrito a esta organización que tiene como misión promover la solución de conflictos comerciales de carácter internacional o de aquellos negocios que así acuerden las partes, mediante el sistema de arbitraje.

Este organismo nació en 1923 en el seno de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), estando en la actualidad integrada por árbitros procedentes de 88 países del mundo, que resuelven los conflictos que las partes le someten de forma voluntaria. (www.iccarbitration.org).

No obstante, la Corte no se ocupa directamente de las controversias sometidas al arbitraje, ya que ésta es una labor encomendada a los árbitros nombrados según el Reglamento que regula esta institución. La labor de la Corte es la de supervisar el procedimiento de arbitraje, controlando que se ajusta a lo establecido en sus normas, desde el inicio hasta la emisión del laudo arbitral. Para ello cuenta con un Reglamento interno que establece las pautas de desarrollo para estos procedimientos, que fue revisado en 1998 para hacer más efectivo su funcionamiento, ya que el

gran número de casos presentados ante su Tribunal había repercutido en la rapidez y eficacia de sus laudos. No obstante, se mantuvieron una serie de rasgos esenciales dentro de la actividad arbitral como por ejemplo la internacionalidad de los árbitros, el reforzamiento de la figura del Secretario General y la elaboración del acta de misión que compromete a árbitros y partes.

Estos rasgos se mantuvieron sin perjuicio de una cierta flexibilización, solicitada por las partes a lo largo del proceso.

Lo que sí ha permitido la nueva redacción del Reglamento arbitral de la CCI ha sido la agilización del procedimiento, abreviando los trámites y los plazos, así como asegurando el derecho de las partes a ser oídas.

Como novedades que se introdujeron en 1998 para responder a las demandas del arbitraje internacional, hay que destacar las siguientes:

- La regulación del denominado arbitraje multiparte que permite el desarrollo de procedimientos arbitrales de gran tamaño.

- La regulación de las medidas provisionales como instrumento de garantía y seguridad de las partes en el proceso.

- El derecho de las partes a reducir los plazos establecidos en el reglamento *(fast-track* o procedimiento abreviado).

- El derecho de los árbitros para fijar reuniones y deliberar en lugar distinto al de la sede del arbitraje.

- Nuevas normas relativas al idioma del procedimiento y la protección del secreto profesional.

- La pautas de nombramiento para el caso de los llamados tribunales truncados.

- Corrección e interpretación de sentencias, así como criterios para delimitar la responsabilidad de los árbitros y de la institución arbitral.

Como queda patente en esta regulación, la CCI busca la mayor eficiencia posible en los arbitrajes buscando fórmulas que acerquen este tipo de solución de conflictos a la problemática de una sociedad en constante evolución.

3.1. Modos de acceso a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Existen dos modos de acceso a los medios de solución de controversias de la Corte:

a) Los miembros de la CCI

Las empresas y organizaciones de los Estados se agrupan en Comités Nacionales que se ubican en los diferentes países del mundo. Estos organismos ofrecen sus servicios de manera general, apoyando el reforzamiento del comercio internacional, y representando de la mejor manera posible el colectivo empresarial propio de cada Estado. En el caso de que algún país no cuente con un Comité Nacional propio podrán adherirse a la CCI a través de su Secretaría.

En concreto, en el ámbito de la resolución de controversias, cuando una empresa u organización solicita de la Corte la designación de un árbitro, la CCI invita al Comité Nacional para que proponga aquellos candidatos que considere oportunos. La opción propuesta por el Comité Nacional es aceptada en la mayoría de los casos, dado que son conocedores del entramado empresarial que se desenvuelve en su territorio.

b) No miembros de la CCI

La Corte está abierta a todos aquellos empresarios y organizaciones que quieran someter la solución de sus controversias ante sus árbitros y acepten el Reglamento que regula el procedimiento a seguir.

3.2. El Reglamento de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Los procedimientos que se siguen en la Corte siguen las pautas establecidas en el Reglamento que regula su desarrollo. Esta norma interna funciona como una ley procesal, estando obligados los árbitros a seguir sus dictados, lo que ofrece a las partes seguridad jurídica y previsibilidad en los plazos establecidos.

No obstante, dicho Reglamento fue modificado el 1 de enero de 1998, dado que la práctica y el uso del mismo habían dado lugar a un procedimiento demasiado largo y pesado que era comparable al seguido en un procedimiento judicial.

El Reglamento contiene normas que sirven para designar los árbitros, bien por las partes, siendo confirmados posteriormente por la CCI, o siendo directamente nombrados por la Corte.

Hay que destacar la flexibilidad de las normas contenidas en el Reglamento, que permite que el arbitraje se desarrolle en cualquier país, en cualquier idioma y sometido a cualquier norma (nacional o anacional), a pesar de que la sede de la Secretaría General se encuentra en París.

3.3. La presentación de un asunto ante la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Los litigios que se presentan ante la Corte deben seguir las directrices establecidas por el Reglamento, a fin de que exista uniformidad dentro del proceso.

a) Normas para la presentación de la demanda

Las demandas deben contener información básica sobre:

a.1. Los medios de elección de los árbitros más adecuados para resolver el asunto en litigio;

a.2. Establecer los criterios de defensa y la presentación de documentos.

El Reglamento permite que las partes se presenten de manera individual o representadas por terceros (abogados, asesores legales, etc.).

b) Normas sobre la elección de los árbitros

El Reglamento permite la elección de:

b.1. Un árbitro único
En este caso las partes deben ponerse de acuerdo para nominar un árbitro que posteriormente debe ser confirmado por la Corte.

b.2. Tres árbitros
En el caso de que no existan nombramientos conjuntos por las partes o acuerdo en el modo de llevar a cabo la designación, la Corte podrá nombrar a cada uno de los miembros del Tribunal arbitral.

c) Autonomía de la voluntad de las partes

El Principio de la autonomía de la voluntad está presente en todo el procedimiento, de tal forma que la elección de las partes prima sobre las normas establecidas por la Corte en relación a la sede del arbitraje, las normas jurídicas aplicables al fondo y el idioma en el que se desarrollará el arbitraje.

d) El laudo arbitral

El tribunal arbitral debe pronunciar su laudo en un plazo no superior a seis meses, si bien la Corte puede, por petición motivada del tribunal arbitral, prolongar este plazo si lo estima necesario. El laudo debe estar

motivado, debiendo dictarse por mayoría en el caso de que exista una pluralidad de árbitros.

3.4. Costes del arbitraje sometido a la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI

Toda solicitud de arbitraje debe ir acompañada de una cantidad de dinero que se corresponde con un anticipo de los gastos administrativos que este procedimiento generará, así como de los honorarios y gastos de los árbitros, no siendo reembolsable en el caso de que las partes desistan de iniciar el arbitraje. En el caso de que el Tribunal designado sea de tres árbitros, los gastos se triplicarán. Si fuera necesaria la designación de un perito, en defecto de la propuesta de las partes, lo elegirá la Corte, estableciendo ésta también sus honorarios.

Esta cantidad es muy superior a la que se solicita en el un procedimiento judicial, de ahí que sólo se acuda a este tipo de solución de controversias cuando la especialización y la cuantía del caso lo justifiquen.

(Autora: Carmen Parra. Profesora de Derecho Internacional/U. Abat Oliba de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Carbonneau, T.E. *Lex Mercatoria and Arbitration discussion of the New Merchan Law*. Nueva York: Ed. Dobbs Ferry, 1990. Cremades, B. «Las nuevas reglas de arbitraje en la Cámara de Comercio Internacional». *Derecho de los Negocios*, n.º 85, pp. 1-10. David, R. *L' arbitrage dans le commerce international*. París, 1982. Kassis, A. *Théorie générales usages du commerce (droit comparé, contrats, abitrales internationaux, lex mercatoria).* París, 1984. Sanders, P. *«Trends in the Field of International Commercial Arbitration». RCADI,* 1975, vol. 145, pp. 227-235.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje institucional. Acta de misión. Arbitraje multiparte. Corte de arbitraje. Costas del arbitraje. Dispute Boards. Idioma del procedimiento. Laudo arbitral. Medidas cautelares. Reglamento arbitral. Tribunal arbitral.

Corte Permanente de Arbitraje

Es un organismo intergubernamental formado por más de una centena de Estados. Fue creada en 1899 para facilitar el arbitraje, así como otras formas de solución de controversias entre los Estados. La Corte Permanente de Arbitraje se ocupa de resolver asuntos relativos a controversias sobre fronteras territoriales y marítimas, soberanía, derechos humanos, inversión extranjera, y asuntos relacionados al comercio regional e internacional. Su base jurídica se encuentra en el Convenio para la solución pacífica de controversias, concluido tras la Primera Conferencia de la Paz de La Haya (el Convenio de 1899 fue revisado tras la segunda Conferencia de la Paz de La Haya en 1907). La Conferencia Internacional que dio origen a este Convenio se organizó por iniciativa del Zar ruso Nicolás II «con el objeto de buscar los medios más eficaces para asegurar a todos los pueblos una paz real y duradera, y sobre todo para poner un límite al desarrollo progresivo del armamento».

Se puede decir por ello, que la Corte Permanente de Arbitraje Internacional (CPA) fue el primer mecanismo universal de arreglo de diferencias entre Estados. La Corte Permanente de Arbitraje es una organización intergubernamental independiente que dispone de sus propios Convenios constitutivos, ya que a pesar de tener estrechos vínculos con la ONU, nunca ha formado parte de su sistema (a diferencia del Tribunal Internacional de Justicia que sí que forma parte del organigrama de Naciones Unidas como uno de sus órganos principales). La CIJ es bastante más conocida a nivel mundial que la CPA, a pesar de que ésta es mucho más antigua. La explicación se ha de buscar en la confidencialidad de la mayoría de sus casos y en un periodo de poca actividad entre 1946 y 1980. Desde entonces, la CPA ha visto un renacimiento en su importancia y su rol en el contexto judicial internacional. Así, por ejemplo, intervino en los años ochenta en las reclamaciones entre Irán-EE.UU. y desde 1990 ha visto una crecer significativamente el número de casos llevados a cabo bajo sus auspicios.

Si bien en sus inicios solamente aplicaba Derecho Internacional Público, hoy en día ha evolucionado hacia una institución moderna y diversificada que aplica tanto Derecho público como privado, respondiendo así a las necesidades presentes en la Comunidad Internacional.

En este sentido, la Corte Permanente de Arbitraje Internacional ofrece sus servicios tanto a Estados como a Organizaciones Internacionales e incluso a personas privadas. Esta evolución responde al incremento de los sujetos en el Derecho internacional público, ya que si bien en el Derecho clásico sólo formaban parte de la Comunidad Internacional los Estados, hoy en día han tomado protagonismo las Organizaciones Internacionales y cada vez tienen más presencia los individuos.

Entre las materias que son objeto de resolución destacan las que hacen referencia a los Derechos Humanos, el comercio y las inversiones internacionales, realizando la Corte, junto a su labor arbitral, una importante labor como centro de investigación y de publicaciones, así como lugar de encuentro de la doctrina.

En relación a su estructura, la Corte Permanente Internacional no es una jurisdicción en el sentido tradicional del término, si bien comparte el tipo de construcción de los tribunales arbitrales establecidos para regular diferencias.

En concreto la Corte Permanente Internacional cuenta con una estructura tripartita formada por:

- Un Consejo administrativo que controla la política y el presupuesto de la institución.

- Los Miembros de la Corte, formada por una lista de árbitros independientes.

- Una Oficina Internacional dirigida por el Secretario General.

En relación al Consejo Administrativo, está formado por los representantes diplomáticos de los Estados miembros acreditados en los Países Bajos, estando presidido por el Ministro holandés de Asuntos Exteriores. Este órgano, junto con el Secretario General, definen la política de la organización.

Además el Consejo Administrativo determina la orientación general de los trabajos de la Corte y controla su administración, su presupuesto y sus gastos; estando reguladas sus actividades por un reglamento interno.

El presupuesto de la Corte Permanente de Arbitraje lo financian en parte las contribuciones de los Estados miembros, según un sistema de aportaciones similar al que utiliza la Unión Postal Universal (una de las pocas Organizaciones Internacionales que existían en 1899), siendo el Secretario General el que recoge en un informe anual que presenta al Consejo administrativo, las actividades y los gastos realizados por la Corte.

En cuanto a la lista de árbitros, se dividen en función de las materias en las que son expertos. En este sentido destacan los árbitros especializados en medioambiente y recursos naturales.

La Corte Permanente de Arbitraje tiene actualmente acuerdos con el CNUDMI, en su actual faceta de organismo arbitral en el ámbito privado, siendo su función básicamente de apoyo en la prestación de servicios administrativos. También tiene acuerdos la Corte Permanente Internacional en el ámbito de la energía y del derecho del mar, ya que presta sus servicios a las diferentes instituciones internacionales que utilizan el arbitraje como medio para resolver sus diferencias.

Así, por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar, firmada en Montego Bay en 1982, prevé en su Parte XV un sistema para resolver por medios pacíficos las controversias que puedan surgir entre los Estados por la interpretación o aplicación del texto del

Convenio. En este sentido, el artículo 284 de esta Convención establece el arreglo a través de la conciliación, mientras que para el caso en que las partes no hayan llegado a un acuerdo sobre el medio judicial o extrajudicial para arreglar sus diferencias, se acudirá por defecto, al arbitraje.

Si bien el artículo 287 de la citada Convención establece la posibilidad de crear un Tribunal Internacional de Derecho del Mar, o bien someterse al Tribunal Internacional de Justicia, o a un tribunal arbitral especial, lo cierto es que por el momento las diferencias surgidas entre los Estados por la aplicación del Convenio han sido resueltas dentro de la Corte Permanente de Arbitraje, que ha actuado como árbitro poniendo fin a la controversia.

Tanto las audiencias como las decisiones son normalmente confidenciales, si lo piden las partes, publicándose la información de forma oficial sobre los casos recientes en el sitio web de la CPA: www.pca-cpa.org. Los idiomas de trabajo son el inglés y el francés, pero los procedimientos pueden ser conducidos en cualquier idioma convenido por las partes. Los arbitrajes de la CPA se llevan a cabo mediante la aplicación de las reglas de arbitraje y conciliación de la CNUDMI de 1976 y 1980 respectivamente.

La asistencia jurídica se realiza a través de los abogados que trabajan para la Oficina Internacional, con el apoyo del Departamento de Investigaciones y Publicaciones de la Corte Permanente de Arbitraje, así como mediante la utilización de diversas bases de datos electrónicas y de la Biblioteca de Derecho Internacional del Palacio de la Paz.

(Autora: Carmen Parra. Profesora de la U. Abat. Oliba de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Andrés Sáenz de Santamaría, M.P. «El arreglo pacífico de controversias en el ámbito de las organizaciones internacionales». *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz,* 1985, pp. 79-143. Audecoud, O. *«La Cour internationale de Justice et le réglement des différends au sein des Organisations internationales». R.G.D.I.P.*, 1977, pp. 952 y ss. Bosco, G. *«La soluzione delle contro-*

versie giuriche internazionali nel cuadro delle Nazioni Unite». Padua, 1989. González Campos J.D. y otros. *Curso de Derecho Internacional Público.* Servicio de publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, 1992, pp. 754-760. Jiménez de Aréchaga, E. *Derecho Internacional Público*. Montevideo: Editorial Fundación de Cultura Universitaria, 1989, tomo IV. Miaja, A. «Solución pacífica de diferencias internacionales (medios políticos y arbitraje)». En *Cursos y Conferencias de la Escuela de Funcionarios Internacionales.* Madrid, 1956-57, vol. II, tomo 4, pp. 171-291.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje institucional. Corte de arbitraje.

Corrección, aclaración y complemento del laudo

La corrección, aclaración y complemento del laudo son actuaciones complementarias, comunes a los procesos judiciales. Se encuentran reguladas en el artículo 39 de la Ley de Arbitraje de 2003 (LA).

La aclaración del laudo se ha reconocido tradicionalmente en nuestro Derecho histórico (Partidas, 3, 18, 106), y su corrección se incorporó a la legislación arbitral en virtud de la LA de 1988 (artículo 36). La vigente LA añadió a estas actuaciones la del complemento del laudo.

La corrección podrá tener por objeto cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o de naturaleza similar; la aclaración versará sobre la interpretación de algún punto oscuro o parte concreta del laudo; y el complemento, respecto de peticiones formuladas durante el procedimiento y que no hubiesen sido resueltas por los árbitros. El haber incorporado el complemento de los laudos, en nuestra opinión, parece singularmente acertado; y ello, fundamentalmente, porque no es posible impugnar un laudo por no haber resuelto los árbitros algún punto sometido. Puede verse, por todas, la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 43/1988 de 16 de marzo de 1988, que anuló la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 16 de marzo de 1987, que había integrado el correspondiente laudo con su pronunciamiento sobre el punto omitido.

La corrección, aclaración y complemento del laudo podrán solicitarse por las partes dentro de los diez días (naturales) siguientes a la notificación del laudo, a no ser que hubieran acordado otro plazo, configurándose la cuestión del plazo como una de las facultades de las partes en relación con estas actuaciones, a diferencia de lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional (LM), según el cual, la aclaración o interpretación sólo es posible si lo acuerdan las partes y el complemento o adición será posible, salvo acuerdo en contrario de las partes. Cualquiera que sea la petición solicitada, habrá de ser notificada a la otra parte, para su conocimiento.

Los árbitros, antes de resolver las peticiones formuladas por las partes, deberán dar audiencia a las demás. Por ello, cuando el arbitraje sea interno, parecen ser insuficientes los plazos dispuestos de diez días (naturales) para la corrección y aclaración. Para el complemento del laudo, los árbitros tendrán 20 días (naturales también). La LA no se refiere a la posibilidad de que los árbitros puedan prorrogar el plazo concedido, tal y como sí prevé el artículo 33.4 LM, cuando las actuaciones se instan por las partes. A nuestro entender, el legislador español ha omitido conscientemente esta facultad.

Nada establece expresamente la LA sobre la posibilidad de que los árbitros no resuelvan en los plazos antedichos, y sin embargo, el artículo 41.4 *in fine* LA, relativo al cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de anulación, dispone que «la acción de anulación del laudo habrá de ejercitarse dentro de los dos meses siguientes a su notificación o, en caso de que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud o desde la expiración del plazo para adoptarla». Habida cuenta lo anterior, parece que deba concluirse que si los árbitros no resolvieran sobre la solicitud en el tiempo concedido, se entenderá que deniegan la petición (arg. artículo 36.2 LA de 1988).

También los árbitros, por propia iniciativa, pueden proceder a la corrección de errores de cálculo, de copia, tipográficos, o de naturaleza similar. La LA sigue en este punto lo dispuesto en el artículo 33.2 LM, debiendo quedar claro que los árbitros, de oficio, no podrán realizar las otras actuaciones mencionadas. En este caso, como nada dispone la LA, no parece necesario que, con carácter previo a la decisión, se dé audiencia a las partes. El plazo para resolver será el de 10 días (naturales) desde la fecha del laudo.

En cambio, el artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) sí permite la aclaración y el complemento de oficio de las resoluciones procesales (en el mismo sentido, también, los articulos 214 y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil –LEC–).

Las resoluciones sobre corrección, aclaración y complemento del laudo deberán reunir los requisitos de forma, contenido y notificación relativos al laudo, a que se refiere el artículo 37 LA (*ex* artículo 39.4 LA).

En consecuencia, dichas resoluciones deberán constar por escrito y ser firmadas por los árbitros, quienes podrán expresar su parecer discrepante. Cuando haya más de un árbitro, bastarán las firmas de la mayoría de los miembros del colegio arbitral o sólo la de su presidente, siempre que se manifiesten las razones de la falta de una o más firmas. Se entenderá que las resoluciones constan por escrito cuando de su contenido y firmas quede constancia y sean accesibles para su ulterior consulta en soporte electrónico, óptico o de otro tipo (artículo 37.3 LA).

Las resoluciones deberán ser motivadas, a menos que las partes hayan acordado otra cosa o que se trate de una resolución pronunciada en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 36 (artículo 37.4 LA). Además, deberán constar en ellas la fecha en que han sido dictadas y el lugar del arbitraje, determinado de conformidad con el artículo 26.1 LA. Las resoluciones se considerarán dictadas en ese lugar (artículo 37.5 LA). Con sujeción a lo acordado por las partes, los

árbitros se pronunciarán en la resolución sobre las costas de dicha actuación, conforme a lo previsto en el artículo 37.6 LA *mutatis mutandi*.

Los árbitros notificarán la resolución a las partes en la forma y en el plazo que éstas hayan acordado o, en su defecto, mediante entrega a cada una de ellas de un ejemplar firmado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37.3 LA, dentro de los correspondientes plazos establecidos en el artículo 39.2 LA, para el arbitraje interno, y 39.5 LA, para el arbitraje internacional (artículo 37.7 LA). Las resoluciones podrán ser protocolizadas notarialmente. Cualquiera de las partes, a su costa, podrá instar de los árbitros, antes de la notificación, que sean protocolizadas (artículo 37.8 LA).

La LA prevé una lógica ampliación de los plazos, en nuestra opinión, tanto para solicitar como para resolver la corrección, aclaración o complemento del laudo, cuando el arbitraje sea internacional. Concretamente, dispone que los plazos de 10 y 20 días, sean plazos de uno y dos meses, respectivamente. La referida ampliación se justifica en la Exposición de Motivos de la LA, aunque sólo en cuanto a la resolución, en razón a que en los arbitrajes internacionales «bien puede suceder que las dificultades de deliberación de los árbitros en un mismo lugar sean mayores».

(Autor: Rafael Hinojosa Segovia. Profesor Titular de la U. Complutense de Madrid. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Cucarella Galiana, Luis-Andrés. *El procedimiento arbitral (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje)*. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2004, pp. 186 y 187. Fortún Costea, Alberto. «Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje, Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre*. Hinojosa Segovia, Rafael. (Coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008, 2.ª Ed. pp. 224-229. Hierro Hernández-Mora, Antonio Y Rafael Hinojosa Segovia. «Del pronunciamiento del laudo y de la terminación de las actuaciones». En *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.° 60/2003 de 23 de diciembre*. González Soria, Julio (Coord.). Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 405-407. Hinojosa Segovia,

Rafael. «De la anulación y revisión del laudo artículos 40-43)». En *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Muñoz, Alberto de Martín y Santiago Hierro Anibarro (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 544-545. Hinojosa Segovia, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. (Estudio jurisprudencial)*. Madrid: Edersa, 1991, pp. 335-337. Hinojosa Segovia, Rafael y Antonio Hierro Hernández-Mora. «Arbitraje Comercial Internacional en España: Marco legal y jurisprudencial». En *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. Conejero Roo, Cristian, Antonio Hierro Hernández-Mora, Valeria Macchia y Carlos Soto Coaguila (Coord.). Madrid: La Ley, Grupo Wolters Kluwer y Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, 2009, p. 403.

VOCABLOS CONEXOS: Incongruencia arbitral. Laudo. Laudo inhibitorio. Laudo conciliatorio. Laudo parcial. Laudos arbitrales en el MERCOSUR. Protocolización del laudo.

Cosa Juzgada

Por cosa juzgada se entiende el efecto procesal de inmutabilidad e inimpugnabilidad de las decisiones. La *exceptio rei iudicata* o la *res in iudicio adiudicata* del Derecho Romano, en su evolución jurídica, ha desembocado doctrinal y jurisprudencialmente en una división entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material, siendo la primera aquélla que se produce cuando se ha dictado una resolución y no cabe recurso, o bien cabiendo no se ha interpuesto, o bien cabiendo se ha desestimado el recurso o declarado desierto; y constituyendo la cosa juzgada material la vinculación que provoca en otro proceso posterior la decisión sobre el fondo de un asunto litigioso alcanzada en uno anterior.

Respecto de la cosa juzgada material, con fundamento en el principio de seguridad jurídica (y del *non bis in idem* en el ámbito sancionatorio), existen disparidad de criterios acerca de la vinculación positiva o negativa que dicho efecto procesal impone al tribunal que ha de juzgar el segundo proceso, considerándose por unos que dicha decisión primera sobre el fondo generaría una ley entre las partes que vincularía al segundo juez, y por otros que la cosa juzgada material tendría efectos

procesales dirigidos al segundo juez, para que se someta a la sentencia firme primera, siempre que se den las identidades que las leyes recogen.

A fin de que el juez del proceso posterior no vuelva a decidir sobre lo ya juzgado, las reglas generales establecen que si ambos procesos son idénticos, en el segundo proceso no podrá el juez pronunciarse, pero si no lo son estrictamente, sino que en el primero tan solo se ha enjuiciado de forma prejudicial un asunto de trascendencia para el segundo, entonces el tribunal posterior podrá decidir sobre la base de lo juzgado primeramente.

Con todo, la cosa juzgada precisa del cumplimiento de límites específicos, como la perfecta identidad entre las cosas, causas y litigantes, o triple identidad de objeto, partes y causa de pedir.

Para empezar, habrá de darse una completa identidad de partes y de la calidad en la que han intervenido en el primer proceso (*eaedem personae*), no existiendo cosa juzgada si dichas partes se alteran en el segundo. Igualmente, debe constar una correspondencia completa entre el suplico de la primera y la segunda demandas (*eadem res*), no existiendo cosa juzgada en otros casos. Y, en fin, ha de existir una correlación también cumplida entre los hechos y fundamentos de derecho del fallo de la primera resolución dictada (*eadem causa petendi*).

En cuanto a las cuestiones de índole procesal, todos los ordenamientos han contemplado a la cosa juzgada como una excepción a oponer en el proceso y cuya estimación determina necesariamente su terminación, sin necesidad de absolver los demás pedimentos o cuestiones. Además, dicha excepción procesal es susceptible de ser apreciada *ex officio*, al vincularse al derecho a la tutela judicial efectiva.

En algunos ordenamientos, al margen del efecto como excepción procesal, existe la llamada acción de cosa juzgada, que faculta al interesado el cumplimiento coactivo de un derecho reconocido o declarado en juicio. Para ello, al igual de lo que acontece con la ejecución de la sentencia en los restantes

ordenamientos y siguiendo su estructura de funcionamiento, se precisa de una decisión favorable al que pretende ejercerla, que además sea firme y que imponga una obligación exigible al momento de impetrarse el auxilio jurisdiccional. El titular de esta acción de cosa juzgada es aquella parte procesal favorecida por la resolución, así como sus causahabientes y se ejerce frente a la parte perdedora del proceso y en su caso sus herederos, a fin y efectos de reclamar lo obtenido en el proceso. En los países donde existe esta acción se configura como prescriptible y se somete a un rito que depende de si la resolución emana de un órgano jurisdiccional nacional o extranjero, siendo en este último caso a través de *exequatur*.

En el ámbito penal, las nociones de la cosa juzgada civil resultan por regla general aplicables, si bien carece de eficacia positiva la cosa juzgada material y únicamente es predicable su efecto negativo.

Finalmente, la peculiaridad de la cosa juzgada en el proceso contencioso-administrativo deriva del objeto de la pretensión y que hace que sea un específico elemento identificador de la cosa juzgada el acto administrativo (la actuación de la Administración) o la disposición objeto de las pretensiones impugnatorias. O, dicho en otros términos, si en un posterior proceso *la res de qua agitur* es un acto (actuación) o una disposición diferente del que se enjuició en la resolución firme anterior, ya no puede darse el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, salvo que el acto (actuación) o la disposición objeto del segundo proceso sean meras repeticiones del que se juzgó en el primero.

Los tribunales del orden contencioso-administrativo, han venido considerando que la cosa juzgada tiene matices muy específicos en dicho proceso (S.T.S., español, de 15 de enero de 2010, como muestra), donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por

razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente. Y, además, la apreciación de la excepción de cosa juzgada exige que se trate no sólo del mismo acto, disposición o actuación material sino también de la misma pretensión u otra sustancialmente idéntica a la que fue objeto del proceso anterior. Si, en el proceso posterior sobre el mismo acto, disposición o actuación, cambian la *causa petendi* o el *petitum* de la pretensión examinada y decidida en la resolución judicial firme anterior, tampoco operará en su función negativa la cosa juzgada.

(Autor: Dr. Javier Junceda. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Internacional de Cataluña).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: De la Oliva Santos, A. *La cosa juzgada civil, penal y contencioso-administrativa*. Madrid: Ceura, 1991. González Pérez, J. «La cosa juzgada en lo contencioso-administrativo». *Revista de Administración Pública*, n.º 8. Serra Domínguez, M. *Comentarios al Código Civil y a las compilaciones forales*. Madrid, 1990. Carreras Llansana, J. «Tratamiento procesal de la excepción de cosa juzgada en el derecho positivo español». *Revista de Derecho Procesal*, 1958.

VOCABLOS CONEXOS: Aclaración, corrección y complemento del laudo. Arbitraje. Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral. *Exequatur.*

Cosa juzgada del laudo arbitral

La cosa juzgada es uno de los principales efectos jurídicos que produce el laudo una vez ha sido dictado por el árbitro.

Si el arbitraje pretende ser una alternativa a la solución jurisdiccional de las controversias, resulta imprescindible que tenga la misma fuerza que las sentencias judiciales. Si a ello unimos que el laudo es un título ejecutivo, podemos afirmar que la eficacia de cosa juzgada de una sentencia judicial y la de un laudo arbitral son jurídicamente iguales, operando con el mismo alcance y eficacia. Por tanto, será de aplicación al laudo firme la doctrina procesal existente respecto a la cosa juzgada de las sentencias judiciales.

Podemos distinguir, como tradicionalmente ha hecho y sigue haciendo la doctrina, dos tipos de cosa juzgada: la cosa juzgada formal y la cosa juzgada material:

a) Cosa juzgada formal

La cosa juzgada formal es un efecto interno de las resoluciones arbitrales, que se proyecta sobre el mismo proceso en el que éstas se dictan, por lo que despliega sus efectos únicamente dentro del proceso arbitral y se predica de todas las resoluciones que en él se pronuncien menos de las que ponen fin al mismo. En este sentido, el laudo condiciona que los árbitros se encuentren vinculados en cualquier actuación que pueda producirse en el proceso arbitral y a *sensu* contrario, ni los árbitros ni las partes podrán desconocer las decisiones que se han adoptado previamente. El fundamento o razón de ser de la cosa juzgada formal lo hallamos en la seguridad jurídica así como en la necesidad de que el proceso se desarrolle ordenadamente. En definitiva, cualquier resolución arbitral es inamovible respecto de los árbitros que la dictaron, quienes no pueden modificarla ni siquiera cuando estén convencidos de que es errónea o injusta.

Que el árbitro quede vinculado por su propia decisión y en la continuación del proceso, significa tanto que no podrá dictar una resolución que resuelva en sentido contrario a lo previsto en una resolución previa con fuerza de cosa juzgada, como que todas las resoluciones posteriores deben partir de lo resuelto en las anteriores con fuerza de cosa juzgada y en este mismo sentido, las partes no podrán solicitar en el desarrollo posterior del proceso ninguna decisión judicial que niegue tales efectos.

b) Cosa juzgada material

La cosa juzgada material significa la inatacabilidad del laudo que se ha dictado y responde también a la seguridad jurídica, tratando de impedir que en un proceso posterior sobre el objeto ya decidido y sobre las mis-

mas personas, se dicte un fallo contradictorio, ya sea judicial o arbitral. Presenta efectos fuera del proceso y no dentro de él, como sucedía con la cosa juzgada formal, sino en un eventual proceso posterior. En esta ocasión nos referimos a los laudos que resuelven sobre el fondo del litigio y no a las resoluciones que se abstienen de entrar a conocer el fondo de la controversia.

La cosa juzgada material del laudo implica dos funciones, una negativa y otra positiva, consecuencia de la anterior. La primera de ellas es la función excluyente del laudo, que impide otro pronunciamiento posterior sobre lo ya resuelto en el mismo, en definitiva, se trata de evitar una decisión, bien sea judicial bien sea arbitral, sobre idéntica pretensión, imposibilitando someter de nuevo a la consideración judicial o arbitral la misma materia que fue objeto de un proceso arbitral anterior, lo que tradicionalmente se ha llamado *non bis in idem* (no volver de nuevo sobre la misma cosa). Por su parte, la función positiva es la función prejudicial que condiciona al juez o árbitro que resuelve una controversia conexa con la resuelta por el árbitro con anterioridad, a fallar en el mismo sentido que este último y evitar pronunciamientos contradictorios. Se trata de la vinculación del juez o árbitro de un segundo proceso a lo decidido en el primero.

El laudo arbitral produce efectos de cosa juzgada desde que se dicta (a partir de ahora, cuando hablemos de cosa juzgada nos referiremos a la cosa juzgada material). El laudo que produce cosa juzgada es el laudo definitivo y firme. La cosa juzgada también es predicable del laudo conciliatorio, puesto que estos laudos tienen la misma eficacia que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio. Respecto a los laudos parciales —recordamos la posibilidad de los árbitros de dictar laudos sobre una parte de la controversia— también debe atribuírseles esta eficacia. Sin embargo, no producirán efecto de cosa juzgada las decisiones que ponen fin al proceso de una manera anormal, quedando el objeto del litigio imprejuzgado.

Son requisitos imprescindibles para que un proceso posterior quede excluido por la cosa juzgada del proceso anterior en el tiempo que: (1) exista una identidad entre los sujetos de la controversia, (2) se solicite lo mismo, es decir, coincida el *petitum* y por último, (3) sea la misma la causa de pedir.

1. Mismos sujetos: debe existir identidad de los sujetos de la controversia. Debemos tener en cuenta que también hay identidad de sujetos cuando se permite por ley que la cosa juzgada afecte a determinados terceros que si bien no fueron parte en el proceso, si pudieron serlo pero por determinadas circunstancias no lo fueron; entre ellos destacamos los herederos y causahabientes como consecuencia de una sucesión, el sustituto legitimado y el substituido, etc. En todo caso, estos sujetos deberán actuar en la misma calidad que en el primer proceso.

2. Mismo *petitum:* Debe coincidir lo que piden las partes en el nuevo proceso con lo que solicitaron en el proceso arbitral anterior, para ello atenderemos a la pretensión de la demanda y a la reconvención. Al igual que ocurre en el proceso judicial, las pretensiones de las partes pueden ser de condena, meramente declarativas y constitutivas.

3. Misma causa de pedir: la causa de la pretensión, es decir, los hechos jurídicamente relevantes para fundamentar la pretensión resultan relevantes cuando las mismas partes presentan la misma petición pero fundada en una causa de pedir distinta, por lo que la causa de pedir o *causa petendi* debe incluirse en lo juzgado.

La cosa juzgada existe indefinidamente en el tiempo, nunca desaparece. Sin embargo, la relación jurídica sobre la que se predica sí puede modificarse con el paso del tiempo, pudiendo aparecer o surgir, por ejemplo, una nueva *causa petendi* que provoque la existencia de un nuevo proceso entre las mismas partes y sobre la misma pretensión que los árbitros deban resolver.

Si una de las partes de la controversia acudiera a un segundo proceso arbitral con la misma pretensión ante la insatisfacción de la resolución por el tribunal arbitral anterior, debe ser la otra parte de la controversia, es decir, la parte demandada en el nuevo proceso, la que alegue que dicha controversia ya se ha resuelto previamente y, por tanto, será ésta quien deba excepcionar la cosa juzgada. El efecto de cosa juzgada se alegará como excepción al arbitraje como muy tarde en el momento de presentar la contestación a la demanda. Los árbitros deben resolver lo antes posible, y con ello evitar un nuevo proceso que llevaría a la nada, aunque no se impide que lo decidan en el laudo final.

Los medios de impugnación del efecto de cosa jugada del laudo son la acción de anulación y la solicitud de revisión del laudo. La Ley Modelo UNCITRAL no regula expresamente la cosa juzgada del laudo sino que se limita en su artículo 34 a regular la acción de anulación de éste.

(Autora: Ana Montesinos García. Profesora Contratada Ramón y Cajal, de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Barona Vilar, S. *Comentarios a la ley de arbitraje (Ley n.° 60/2003, de 23 de diciembre de 2003). AA.VV*. Barona Vilar, S. (Coord.). Madrid: Thomson-Cívitas, 2004; Toribios Fuentes, F. *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje. AA.VV*. Mateo Sanz, J. (Coord.). Valladolid: Lex Nova, 2004. Montero Aroca, J. (junto a Gómez Colomer, Barona Vilar y Montón Redondo). *Derecho jurisdiccional II. Procesal Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Nieva Fenoll, J. *La cosa juzgada*. Atelier, 2006.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo. Laudo conciliatorio. Laudo parcial. Ley Modelo UNCITRAL. Acción de nulidad. Prejudicialidad. Reconvención. Revisión del laudo.

Costas del procedimiento arbitral

Se definen como aquellos gastos procesales que obligatoriamente han de satisfacer los litigantes, o más ampliamente, las partes en el procedimiento o proceso, a la otra, cuando se ha decidido por el juez o tribu-

nal competente la condena en costas favor de una a otra y que no sólo incluyen los gastos de defensa jurídica o representación, sino también aquéllos como la inserción de anuncios o edictos obligatorios durante el procedimiento, los derechos de los peritos y abonos que tengan que hacerse a personas que hayan intervenido en el proceso, copias y certificaciones de documentos y otros derechos arancelarios.

En materia arbitral, el artículo 37.6 de la Ley de Arbitraje (LA) española señala que las costas incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.

Ahora bien, durante la tramitación del procedimiento pueden surgir una serie de cuestiones derivadas de la colaboración judicial, que pueden dar lugar al devengo de una serie de costas, como pueden ser en el auxilio judicial en la práctica de la prueba a través de la citación o declaración de un testigo, o la adopción de medidas cautelares, en cuyo caso las costas que se impongan se regularán conforme a lo previsto en los artículos 735 y 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Otro aspecto relevante en materia de costas dentro del arbitraje, consiste en determinar si se aplica el principio del vencimiento objetivo, es decir, que la parte que vea desestimadas sus pretensiones pechará con la obligación de atender las mismas, o si por el contrario resulta de aplicación otro diferente.

El artículo 37.6 LA prevé que los árbitros se pronunciarán en materia de costas conforme a lo acordado por las partes o en su defecto conforme a las reglas contenidas en los reglamentos de las instituciones que administren el arbitraje. No obstante, en caso de ausencia de regulación parece lógico pensar que cada parte asumirá las causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que se aprecie mala fe.

En España, al menos en materia arbitral, parece no regir el principio del vencimiento objetivo, sí aplicable respecto de la acción de anulación del laudo, lo que sin duda hace menos atractivo el procedimiento, en especial por la cuantía de las costas, por cuanto en primer lugar rige la voluntad de las partes y, en caso de arbitraje administrado, las normas que los reglamentos de las instituciones arbitrales señalen.

(Autor: Vicente Roldán, abogado Socia Directora de Antonia Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Calvet Botella, J. y otros. *«Las costas arbitrales en la ley de arbitraje»*. En Magro Servet, Vicente. *«Guía práctica y casuística de las costas procesales en el proceso civil»*. Madrid: La Ley, 2006.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje institucional. Laudo. Procedimiento arbitral. Provisión de fondos.

Costumbre internacional

La costumbre internacional es uno de los procedimientos de creación de normas internacionales y ocupa, en el ordenamiento jurídico internacional, un lugar muy relevante. La costumbre internacional, a diferencia de la costumbre en los ordenamientos jurídicos internos, no ha sido desplazada de manera significativa por otros procedimientos de creación de normas como serían, en nuestro caso, los tratados, de tal manera que buena parte de las relaciones entre los sujetos de derecho internacional se rigen por normas de naturaleza y contenido consuetudinarios. Estamos, no obstante, en presencia de un modo no institucionalizado y espontáneo de formación del derecho que se caracteriza, sobre todo, porque se adapta muy bien al medio en el que opera: una sociedad internacional universal y heterogénea, dotada de una gran complejidad y porque presenta un carácter espontáneo que se corresponde muy bien con la evolución que experimenta esta sociedad.

El *artículo 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia*, adoptado en 1945, recoge y menciona explícitamente entre las fuentes del derecho internacional «la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho», de tal manera que, tradicionalmente, se ha venido entendiendo que tanto la costumbre como los tratados, a la luz del citado precepto y de la práctica de los Estados, serían los principales procedimientos de creación de normas en el ordenamiento jurídico internacional. Ahora bien, mientras que los tratados encuentran s fundamento último en la voluntad de las partes, expresada a través del principio *pacta sunt servanda*, se viene discutiendo cuál sería el fundamento de la costumbre internacional.

Para *la doctrina del acuerdo tácito*, en la medida en que todo el ordenamiento jurídico internacional es resultado del consentimiento de los Estados, también la costumbre es la consecuencia de un acuerdo tácito entre éstos. Con ello, sólo aquellos Estados que han prestado su consentimiento a la formación de la norma consuetudinaria quedarían vinculados por ésta, con lo que no sería oponible a aquéllos que no participaron en su formación. Esta doctrina encuentra apoyo jurisprudencial en el asunto *Lotus*, en el que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional afirmó, en 1927, que «las reglas del derecho que vinculan a los Estados proceden de la voluntad de éstos, voluntad que se manifiesta en convenios o en usos aceptados generalmente y que consagran principios de derecho».

Para *la doctrina de la formación espontánea del derecho consuetudinario*, lo que importa es la existencia de una conciencia jurídica colectiva, de los sujetos del derecho internacional, en torno a una determinada necesidad social, lo que da lugar al surgimiento y formación de la costumbre. De esta manera, las normas consuetudinarias de alcance universal producen efectos *erga omnes* y quedan vinculados por ellas, no sólo aquellos Estados que participaron en su proceso de conformación sino, sobre todo cuando se trata de normas de *ius cogens,* el conjunto de los Estados de la comunidad internacional.

La costumbre, en el ordenamiento internacional, tendría, a nuestro juicio, un especial valor, de tal manera que, más allá de las cuestiones de jerarquía, la existencia de normas consuetudinarias en determinado sector del ordenamiento jurídico internacional, incorpora la tendencia a la aplicación de las mismas y a tener en cuenta su contenido y efectos. Ahora bien, entre los aspectos más destacables de la costumbre internacional, como procedimiento de creación de normas jurídicas internacionales podemos resaltar los siguientes:

1. *Los elementos de la costumbre internacional*: Para que surja una norma consuetudinaria se debe dar simultáneamente la existencia de dos elementos: un *elemento material*, constituido por una práctica que ha de ser general, constante y uniforme; y un *elemento formal o espiritual* conformado por la *opinio iuris sive necessitatis*.

   Por lo que se refiere al elemento material, *la práctica* de los sujetos del derecho internacional que está en la base de las normas consuetudinarias, ésta incluye todo tipo de actos y comportamientos por parte de estos sujetos y pueden ser tanto comportamientos activos como pasivos, positivos como negativos, físicos o verbales y pueden emanar de cualquier órgano del Estado (legislativo, ejecutivo o judicial) o de una organización internacional u otros entes con personalidad jurídica internacional. Ahora bien, para que esta práctica sea tenida en cuenta a los efectos de conformar la costumbre internacional, es necesario que sea:

   - *General,* es decir que la mayoría de los Estados adopten actos o tengan comportamientos sobre esa materia que vayan dando forma y contenido a la norma consuetudinaria. Los comportamientos que dan lugar al surgimiento de la norma consuetudinaria deben ser adoptados *por la generalidad* de los Estados, lo que no significa que se requiera la aceptación unánime de los miembros que componen la comunidad internacional, en el caso de las costumbres de alcance universal. Es importante subrayar en este pun-

to que, dentro de ese conjunto mayoritario de sujetos de Derecho Internacional que siguen un determinado comportamiento, debe encontrarse el de los especialmente interesados o afectados, en función de la materia de que se trate.

- *Constante,* la costumbre surge por una repetición de actos y comportamientos, es decir que la práctica debe desarrollarse durante un lapso de tiempo para que cristalice una norma consuetudinaria. En función del sector del ordenamiento jurídico internacional o de la materia varía el tiempo que se precisa para que se pueda estimar una práctica constante.

- *Uniforme,* las posiciones de los sujetos de Derecho Internacional a través de la práctica deben producirse en una determinada dirección, sin que se produzcan significativas variaciones en su comportamiento, es decir, la práctica debe ser sustancialmente uniforme.

- Por lo que concierne *al elemento espiritual*, debe darse, para que surja una norma consuetudinaria, la *opinio iuris*, es decir, en la práctica de los sujetos de derecho internacional debe habitar la convicción de que es derecho, la convicción de la existencia de un deber jurídico, la práctica resulta obligatoria en función de la existencia de una norma jurídica. Con ello, los Estados y demás sujetos expresan su convicción de que ajustan su comportamiento a los que establece el ordenamiento jurídico internacional.

- Como se indicó por el Tribunal Internacional de Justicia en el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte, en 1969: «la práctica de los Estados, incluidos aquellos que están especialmente interesados (…) frecuentemente y sustancialmente uniforme en el sentido de la disposición que se invoca y que se haya manifestado de forma que permite establecer un reconocimiento

general de que se halla presente una norma de obligación jurídica».

2. *Clases de costumbre internacional y prueba:* En la realidad normativa internacional podemos distinguir tres tipos de costumbre en función de su alcance:

   - *Las costumbres universales*. Se trata de aquellas que vinculan al conjunto de los Estados y sujetos del ordenamiento jurídico internacional y en cuya formación participa la generalidad de la comunidad internacional.

   - *Las costumbres regionales,* son aquellas que obligan a los Estados y otros sujetos que pertenecen a una determinada región en la que se ha conformado una costumbre de ese tipo.

   - *Las costumbres locales o bilaterales*, son aquéllas que obligan a dos o más Estados en sus relaciones mutuas, a través de una práctica muy puntual y limitada esas relaciones.

Para demostrar la existencia o no de una norma consuetudinaria habrá que tener en cuenta que en el caso de las costumbres universales o generales, el estado o sujeto de derecho internacional que niegue la existencia de la norma consuetudinaria universal le corresponderá la carga de la prueba, mientras que en las costumbres regionales y bilaterales corresponderá a quien alegue la existencia de una norma consuetudinaria demostrar su existencia, correspondiéndole la carga de la prueba.

(Autores: Cástor Miguel Díaz Barrado y Sagrario Morán Blanco. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Abi-Saab, G. La coutume dans tous ses états ou le dilemme du développement du droit internatioanl général dans un monde éclaté. Milán: *Studi R. Ago*, 1987, tomo I, pp. 53-66. Barberis, J.A. La coutume est-elle une source de Droit International? París: *Mélanges M. Virally*, 1991, pp. 43 y

ss. Jiménez de Arechaga, E. «Customary international law and the Conference in the law of the sea». *Essays M. Lachs.* La Haya, 1984, pp. 575-586. Llanos Mansilla, H. La costumbre ante la Corte Internacional de Justicia, *Anuario Argentino de D.I.*, 1996, pp. 33-54. Dupuy, P.M. «Théorie des sources et coutume en droit international contemporain». *Homenaje Jiménez de Aréchaga*. Montevideo, 1994, pp. 51-68. Millan Moro, L. *La opinio iuris en el Derecho Internacional Contemporáneo*. Madrid, 1990. Peñaranda, A. *La costumbre en el Derecho Internacional*. Madrid, 1988. Poch y Gutiérrez de Caviedes, A. «Breve nota sobre la actualidad jurídica de la costumbre internacional». *Homenaje Díez de Velasco*. *Op. cit.*, pp. 605-608.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Arbitraje de inversiones. Fuentes del Derecho arbitral. Trato justo y equitativo en arbitraje de inversiones.

Cultura Arbitral

Conceptualmente, el término cultura proviene del latín *cultus*, el cual podemos definir en forma amplia o restringida. En sentido *lato*, significa cultivo. Para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la cultura es el «conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.».

La cultura, como axioma, en su acepción clásica, es un proceso continuo de los saberes humanos cultivados por el hombre, tanto en el ámbito material como espiritual, dentro de un contexto determinado; sin embargo, hoy los paradigmas de la globalización, de la sociedad del conocimiento y de la información, nos avocan a una nueva visión del mundo desde la perspectiva del otro. Ello viene aparejado de una concepción nueva de la cultura, humanística, holística e incluyente, al mismo tiempo que no se soslayan las notas o elementos diferenciadores unos de otros.

La cultura es la base y el entorno de lo que somos, la cual, como lo expresa la UNESCO, «permite al ser humano la capacidad de reflexión sobre si mismo», dentro del contexto histórico que la sociedad del conocimiento y de la información nos ofrece. De esta manera, diversas

instituciones, entre ellas las jurídicas, expresan claras evoluciones culturales, en el tiempo, marcadas por los usos y costumbres del comercio internacional, como los INCOTERMS y las Reglas de UNIDROIT.

El tráfico mercantil de la sociedad globalizada, apalancado en el principio de la autonomía de la voluntad e impulsado por la tecnología computacional, encuentra, en la institución arbitral, el mecanismo heterocompositivo de solución de conflictos, como la vía práctica mas caracterizada, (interna y externa) para el desarrollo de una cultura de paz, mediante el acceso a la justicia, privada, expedita, especializada y económica; administrada, entre otras, por las instituciones permanentes de arbitraje, como la CCI, CIAC, El CIADI, AEADE, AAA y, las Cámaras de Comercio de los países hispanoparlantes, que se orientan por las reglas de UNCITRAL.

La institución arbitral (sustentada en las prácticas culturales contractuales, la jurisprudencia arbitral, la doctrina y el derecho comparado), como unidad jurídica, está integrada por un conjunto de piezas, que articuladas unas con otras, desde la cláusula o convenio arbitral, desemboca en el arbitraje; dado que se integra el tribunal arbitral, se desarrolla el procedimiento y concluye con el laudo o sentencia arbitral. La misma ha evolucionado como técnica jurídica, de forma gradual y progresiva, desde el Derecho Romano, pasando por el Fuero Juzgo, Las Siete Partidas, los Códigos Civiles y Procesales Napoleónicos, hasta alcanzar su modernización, mediante la regulación de un arbitraje interno que no ignora el arbitraje internacional, contenido en los Tratados, bilaterales y multilaterales, como los ginebrinos de 1923 y 1927, el de Nueva York de 1958, el Europeo de 1961, el de Washington de 1965 y el de Panamá de 1975.

La cultura arbitral vivencia una evolución histórica asimilada a los procesos judiciales ordinarios, organizados los arbitrajes por las propias partes y, en su defecto, por los jueces, en los que prevalecían los arbitrajes de Derecho y de equidad, que pudiéramos llamar, en nuestra opinión, la fase de la cultura del feudalismo arbitral, artesanal, geográ-

fico o territorial, contenida en la legislación napoleónica, que le sirvió de base a nuestra legislación civil y judicial. Una segunda fase se nos presenta traslapada con la primera, la que es impulsada por el desarrollo del comercio internacional, la fundación de la CCI en el año de 1919 y la Corte Internacional de Arbitraje en el año 1923, con la cual se establece el arbitraje institucionalizado y por ende, la cultura del arbitraje administrado; y un tercer período emerge, en las postrimerías del Siglo pasado**,** la cultura arbitral incluyente, de la ampliación progresiva de las materias arbitrables y arbitradas, como la de inversiones, de consumo, los registros de nombre y dominio en Internet y la telemática, dominadas por la tecnología digital, etc.

La cultura arbitral, en el mundo de hoy, de la internacionalización, de la integración; a nuestro juicio, se observa, marcada por la diversidad relativa a las materias arbitrables y la flexibilidad, tanto legislativa como procedimental, en al arbitraje institucionalizado; la misma es proactiva, en la investigación, formación, en su práctica cotidiana, guiada por los principios que gobiernan el arbitraje, de la autonomía de la voluntad, de la privacidad, de la especialidad, del acceso y eficacia de la justicia y la ética, de la pertinencia y la competencia, empoderadas (*empowerment*) las partes de sus propios conflictos, el cual someten a decisión de terceros, como tradicionalmente es conocido, en virtud de una cláusula/convenio arbitral, en el arbitraje comercial internacional; y bajo una nueva modalidad, mediante los Tratados, bilaterales (BIT) o multilaterales, de inversiones, geográficos (TLCAN, el del MERCOSUR) o sectoriales, como los Tratados de la Energía.

1. El convenio arbitral como expresión de la cultura arbitral

El convenio arbitral, como expresión de la cultura arbitral, desde la antigüedad hasta nuestros días, es y ha sido, la base o cimiento de la institución arbitral, cualquiera que sea la forma en que se pacte (escrita o verbal), modalidad convenida (como cláusula inserta en un contrato principal, mediante documento aparte o mediante propuesta unilateral

seguida de una adhesión); o bien, ya sea que se establezca en prevención de controversias futuras o de las ya existentes, dentro o fuera del tribunal, tal como lo prevé el Convenio Neoyorkino de 1958 en el artículo II,1,2,3, y en el artículo I de la Convención Panameña de 1975; salvo que se trate de arbitraje de inversiones, el cual se origina y genera predominantemente por Tratados, bilaterales o multilaterales, o mediante la inclusión en los mismos, de las denominadas cláusulas *fork in the road* y las cláusulas paraguas (*umbrella clause).*

2. La constitución del tribunal arbitral como empoderamiento de una cultura arbitral

En la cultura arbitral, en al arbitraje institucionalizado, ha arraigado el convenio arbitral, como la base fundamental del arbitraje para constituir el tribunal arbitral, investido de autoridad suficiente para examinar su propia competencia y desarrollar el procedimiento, sin intervención de los jueces, ni de notarios que deban dar fe de los acuerdos arbitrales; por lo que se ha flexibilizado sus requisitos de forma, limitándolo a la forma escrita, al igual que lo ha dotado de plena eficacia, sustantiva (de hacer y pasar por lo pactado), y procesal, (que impide a los jueces conocer de un negocio en el que media un acuerdo arbitral), al amparo de los Tratados, como el de la ONU de 1958, en el artículo II,3, el Europeo de 1961, en el artículo I,1,2, el de la OEA de 1975, en el artículo 1. Y la adopción progresiva de la Ley Modelo de UNCITRAL, por países como Panamá, mediante le Decreto Ley n.º 5 de 8 de julio de 1999, en el artículo 17, faculta a los árbitros para decidir de oficio o a petición de parte sobre su propia competencia.

3. El procedimiento arbitral, como expresión de la nueva cultura arbitral

El procedimiento arbitral, institucionalizado, en el arbitraje internacional, es flexible, se sujeta a lo pactado por las partes, como el desarrollado por el reglamento de la CCI, las Reglas de UNCITRAL , las de la CIAC y con sus propias normas, el de CIADI, para el arbitraje de inversiones;

son a nuestro juicio, la expresión de una nueva cultura arbitral prevalente, que a su vez permea el arbitraje interno, como ocurre en mayor o menor medida en la nueva legislación arbitral alcanzada por los países latinoamericanos, a partir del año de 1990.

La Ley Modelo de UNCITRAL, en el artículo 34, suprime los recursos contra los laudos, salvo el extraordinario de anulación, por motivos tasados, tal como lo establece la legislación panameña, mediante el Decreto Ley n.° 5 de 8 de julio de 1999, en el artículo 34; en congruencia con el artículo V del Convenio de Nueva York de 1958 y el de Panamá de 1975, relativo a las causas que impiden el reconocimiento y ejecución de los laudos arbitrales extranjeros.

4. Los laudos arbitrales, como la expresión de una cultura y técnica arbitral

La cultura arbitral, que va desplegando la institucionalización del arbitraje, en la «era» de la globalización y de la integración, conserva en nuestros países la tradición en los laudos, de constar por escrito y de contar con una parte motivada y otra resolutiva, ya sea el arbitraje de derecho o de equidad. En la parte motivada, (como una nueva técnica jurídica), se identifican las partes, los árbitros, la competencia del tribunal arbitral, el lugar, la controversia, una relación de las pruebas practicadas, las alegaciones, y cualquier otra circunstancia del arbitraje, como antecedentes imperativos de la parte resolutiva del laudo o sentencia arbitral.

La internacionalidad del arbitraje, desvincula el arbitraje de los ámbitos estatales, por lo que para un sector de la doctrina, ello genera una aculturación jurídica del mismo, cuando hay interacción de una cultura sobre otra; sin embargo, desde una perspectiva incluyente, referente a las nuevas materias jurídicamente arbitrables, el fenómeno pauta los parámetros de la cultura arbitral de la era de la globalización.

(Autor: Ulises Pittí. Instituto Especializado de Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje/Universidad de Panamá).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Chillón Medina, J. M.ª y J. Merino Merchán. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, 3.ª Ed. Ginsburg, T. *The culture of arbitration. Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 2003, vol. 36. Matheus López, C. *Indicios de una incipiente cultura arbitral en el Perú*. www.lex-arbitri.blogspot.com. Muñoz Sabaté, Lluís. *Aporte psicológico para la construcción de una teoría sobre la cultura arbitral. Revista Jurídica de Cataluña,* 2005, vol. 104, n.º. 1. *Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española*. *Diccionario del Uso del Español María Moliner*. Madrid: Editorial Gredos, 1980, 22.ª Ed.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje internacional. Armonización. Confluencia de tradiciones jurídicas. *Lex Mercatoria*.

D

Deber de declaración (de los árbitros)

El deber de declaración de los árbitros es la obligación de los árbitros de revelar los hechos o circunstancias que puedan originar dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia.

El deber de declaración tiene la finalidad de permitir a las partes verificar la independencia e imparcialidad de los árbitros. Este deber puede constituir la base para descalificar a aquel árbitro que muestre dependencia o parcialidad.

Entre otros aspectos, el árbitro declarará si tiene relaciones de parentesco, amistad, enemistad, de negocios o litigiosas con cualquiera de las partes o sus representantes.

En la legislación sobre arbitraje de la inmensa mayoría de países se establece el deber de declaración de los árbitros, como es el caso de aquellas leyes basadas en la Ley Modelo de la CNUDMI, cuyo artículo 12.1 se refiere a esta cuestión.

Asimismo, los principales códigos de ética contemplan específicamente este deber de declaración, así *The Code of Ethics for Arbitration in Commercial Disputes* elaborado por la *American Arbitration Association* (AAA) y la *American Bar Association* (ABA) y las *Rules of Ethic for International Arbitrators* elaboradas por la *International Bar Association* (IBA) contemplan el deber de declaración bajo la denominación *«duty of disclosure»*.

El deber de declaración existe desde el nombramiento del árbitro y durante todas las actuaciones arbitrales, debiendo el árbitro, por tanto, comunicar los hechos o circunstancias sobrevenidos que puedan originar dudas justificadas respecto a su imparcialidad o independencia.

Las leyes de ciertos países, así como diversos reglamentos de arbitraje y códigos de ética prevén que los árbitros, al aceptar su nombramiento, han de suscribir una declaración de independencia e imparcialidad (o *statement of independence and impartiality*), en algunos casos jurada.

(Autor: Calvin Hamilton. Socio de Hamilton Abogados/Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Patricia Nacimiento. Abt, Amelie. «Part II - Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter III - Constitution of the Arbitral Tribunal, § 1036 - Challenge of an Arbitrator» in Heinz Böckstiegel, Karl, Stefan Michael Kröll, *et al.* (Editores). *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice* (Kluwer Law International, 2007), pp. 207-223. Born, Gary B. *International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International, 2009), pp. 1461-1552.

VOCABLOS CONEXOS: Imparcialidad del árbitro. Independencia del árbitro. Acción de nulidad. *Exequatur*.

Debido proceso (ver «Orden Público»)

Declaración de testigo (ver «*Witnesses statement*»)

Declaraciones escritas

1. Concepto e introducción general

La declaración testifical está prevista, en toda la normativa aplicable en materia de arbitraje internacional, en forma oral o escrita. A su vez, y partiendo de la base de esta doble posibilidad, la declaración escrita podrá quedar supeditada o no (a libre criterio del árbitro o Tribunal Arbitral) a su posterior ratificación en forma oral.

Recordemos una vez más que estamos ante lo que podríamos denominar como imperio o poder arbitral, en el sentido de que aun rigiendo el criterio general de la flexibilidad, el libre criterio decisorio del árbitro para admitir, practicar y valorar la prueba, es el imperante.

2. Normas aplicables de orden interno y derecho comparado

Como ya hemos apuntado, en materia arbitral, la vigente Ley de Arbitraje española no establece en esta materia criterios especiales, por lo que operan iguales criterios de admisión y práctica que los que se aplican en la ley procesal general.

Y a nivel de arbitraje internacional, al margen de los dos criterios básicos de flexibilidad y libre valoración, ni la Ley Modelo UNCITRAL, ni su Reglamento de 15 de diciembre de 1976, establecen un régimen de regulación específico para la prueba testifical, más allá del respeto a los principios de igualdad y libre contradicción, y de la previsión de la forma oral o escrita.

Las reglas de la IBA sobre Prácticas de Pruebas de Arbitraje Comercial Internacional, establecen que dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada parte identificará los testigos en cuyo testimonio se apoye y el objeto de dichos testimonios; además, el Tribunal podrá establecer que las partes presenten dentro de un plazo específico una declara-

ción por escrito de cada testigo, con un contenido mínimo. Establecen, igualmente, dichas reglas de la IBA que en el caso de que se acuerde la admisión de declaraciones escritas, cualquier parte podrá ante el árbitro y ante las demás partes, correcciones o adiciones, siempre que reúnan ciertos requisitos y hagan referencia a asuntos que no hayan sido previamente presentados en el arbitraje. En este caso se establece (ya se indicaba en la presentación del vocablo) que cada testigo que haya presentado una declaración escrita comparecerá, posteriormente, en las audiencias de pruebas, salvo que las partes acuerden otra cosa. En caso contrario, es decir, si estuviera obligado el testigo a comparecer y no lo hiciera, la prueba podrá ser no tenida en cuenta, salvo que se trate de una declaración testimonial previamente advertida y admitida, por concurrir en la misma, circunstancias excepcionales.

Asimismo, el Reglamento de Arbitraje de la OMPI establece que, ya sea a petición de las partes, o por decisión del propio Tribunal, el testimonio podrá presentarse por escrito o mediante declaraciones firmadas o juradas.

En esta misma línea, el Reglamento acelerado de la OMPI establece que, ya sea por elección de las partes o por decisión del Tribunal, la prueba testifical podrá realizarse en forma oral o escrita, y en este último caso, el Tribunal podrá supeditar la admisibilidad a la disponibilidad de los testigos a presentar un testimonio oral.

En este contexto cobra especial relevancia la correcta traducción jurada de la declaración escrita, la cual podríamos considerar como una suerte de prueba anticipada.

El traductor jurado debe ser un experto profesional, puesto que su papel en la fase probatoria del proceso arbitral se asemeja al del fedatario público. Es importante que el profesional de la traducción, más allá de reunir los requisitos previstos para el ejercicio de su profesión (obtención del nombramiento ministerial y cumplimiento de sus obligaciones

fiscales), actualice su formación continua y esté sometido a un control de calidad y a un régimen disciplinario.

El papel del traductor es, pues, trascendente; las partes deben estar en su derecho de exigir un cierto nivel formativo de ese profesional liberal. Es práctica extendida en la jurisdicción internacional que el traductor adscrito a un tribunal con relevantes funciones, sea especializado en la materia o disciplina jurídica, claramente diferenciado de otras disciplinas en las que pueda intervenir.

Será fundamental también la aplicación de un régimen general formativo armonizado entre países, una suerte de reglas generales de obligado cumplimiento para que los profesionales accedan al ejercicio de la profesión en igualdad de condiciones y con niveles equivalentes entre ellos.

No olvidemos el grado de responsabilidad que corresponde a un traductor jurado, ya que de su profesionalidad puede depender el significado de una prueba y, por extensión, el resultado del procedimiento y el beneficio o perjuicio de la parte.

(Autora: Gema Mayol. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).

REFERENCIAS LEGISLATIVAS: Ley de Arbitraje n.º 60/2003, Ley Orgánica del Poder Judicial Española, Ley de Enjuiciamiento Civil Española, Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL, la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Normativas Deontológicas aplicables a nivel autonómico, estatal y europeo, Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional, Reglamento de Arbitraje de la OMPI, Reglamento acelerado de la OMPI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Garberí Llobregat. *«Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje»*. Garberí Llobregat, J. (Director). Barcelona: Ed. Bosch. Gómez Jené. *El Arbitraje Internacional en la Ley de Arbitraje de 2003»*. Gómez Jené, Miguel. Madrid: Ed. Colex.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Asistencia judicial para la práctica de pruebas. Audiencias. Buena Fe. Defensa y contradicción. Flexibilidad. Igualdad de las partes. Indagación razonable. Indefensión. Mala Fe. Notificación. Prueba. Prueba anticipada. Requerimientos de aportación de pruebas. Secreto Profesional. Traducción jurada.

Declinatoria arbitral

La declinatoria arbitral es el mecanismo procesal en virtud del cual se impugna la competencia arbitral, por no estar sometida la controversia a arbitraje o a unos determinados árbitros. Es decir, es el medio por el que las partes, en un procedimiento arbitral, manifiestan a los árbitros ya nombrados que no son competentes para conocer del conflicto que les enfrenta, puesto que son competentes para ello jueces o tribunales de la jurisdicción ordinaria u otros árbitros o institución de arbitraje.

En virtud del principio *kompetenz-kompetenz*, en vigor en un buen número de sistemas jurídicos, los árbitros tienen la facultad de decidir sobre su propia competencia. Según esta regla, el análisis de validez del convenio arbitral y la del contrato en el que normalmente se incorpora debe producirse de manera separada. La validez del convenio arbitral no depende de la validez del contrato principal.

Atendiendo a la regulación de la Ley Española de Arbitraje (Ley n.º 60-2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje) los árbitros están facultados para decidir sobre la validez del convenio arbitral y sobre cualquier otra excepción cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

Según la referida Ley, las excepciones sobre la competencia de los árbitros deben oponerse tan pronto como sean conocidas y, a más tardar, en el momento de contestar a la demanda. El hecho de haber participado en el nombramiento de los árbitros no impide la alegación

de tales excepciones. Los árbitros pueden decidir sobre la declinatoria o excepción de arbitraje con carácter previo o en el laudo final, al resolver en cuanto al fondo. Si es con carácter previo y el laudo es desestimatorio, el ejercicio de la acción de anulación, no suspenderá el procedimiento arbitral.

(Autor: Enrique Navarro. Profesor Titular de Der. Int. Privado de la U. Rey Juan Carlos de Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Convenio arbitral. Declinatoria de jurisdicción. *Kompetenz-kompetenz*.

Declinatoria de jurisdicción

La declinatoria de jurisdicción es el mecanismo procesal en virtud del cual las partes en un procedimiento judicial impugnan la competencia del juez por estar sometida la disputa que les enfrenta a otra jurisdicción o a arbitraje.

En Derecho español, la declinatoria de jurisdicción está regulada en los artículos 63 a 65 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil. Sin entrar en detalle, porque no es ésta la publicación para ello, sí diremos que las principales notas relevantes de esta regulación son las siguientes:

La declinatoria debe proponerse en los primeros diez días del plazo para contestar a la demanda (son 20 días hábiles como bien es sabido) o en los cinco días posteriores a la citación para la vista. La proposición tiene el efecto de suspender el plazo para contestar a la demanda, reanudándose el plazo en el momento en que se resuelva por el juez. La suspensión del procedimiento principal no obsta para que el juez pueda adoptar todas las medidas de aseguramiento de prueba que considere necesarias (así como medidas cautelares) para evitar que la dilación motivada por la declinatoria pueda suponer un perjuicio para el actor.

El procedimiento de la declinatoria es muy sencillo, la actora podrá oponerse a la declinatoria y el juez resolverá mediante auto. Si el juez estima la declinatoria se inhibirá en favor del órgano al que corresponda la competencia y acordará remitirle los autos con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante él en el plazo de diez días.

La declinatoria puede presentarse ante el tribunal que esté conociendo del procedimiento o ante el juez del domicilio del demandado, que deberá remitir lo más rápido posible al tribunal ante el que se presentó la demanda.

(Autor: Enrique Navarro. Profesor Titular de Der. Int. Privado de la U. Rey Juan Carlos de Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Convenio arbitral. Declinatoria arbitral. *Exequatur*. *Kompetenz-kompetenz*.

Defensa y contradicción

La defensa y la contradicción son elementos del procedimiento arbitral, las cuales están destinadas a posibilitar la tutela de los intereses de las partes.

En este sentido, Domingo Bello Janeiro señala que el procedimiento arbitral debe atenerse a una serie de principios que son los de oficialidad, celeridad, contradicción, prueba y defensa, los cuales inspirarán el conjunto de trámites y actuaciones previas al laudo arbitral.

La defensa, en un sentido amplio, está referida a las actuaciones y argumentos de ambas partes destinados a obtener un laudo favorable a su pretensión y a sus intereses y no necesariamente a las de la parte demandada.

Por su parte, la contradicción es el elemento procedimental que permite refutar las pretensiones y argumentos de la otra parte. La contradicción desempeña —según Merino Merchán y Chillón Medina— un factor de equilibrio entre los compromitentes, lo cual es necesario para que el árbitro pueda llegar a la verdad material.

Asimismo, la contradicción contribuye a un mayor equilibrio entre las partes, lo cual redunda directamente en la igualdad de partes que ha de presidir todo procedimiento arbitral.

A diferencia de lo que ocurre en el procedimiento ordinario (judicial), las alegaciones de parte en el arbitraje pueden darse en simultáneo, lo que da lugar a que la contradicción pueda ser más intensa y, de esta manera, la percepción del árbitro más lúcida, aunque hemos de advertir que en esta circunstancia la habilidad para expresarse de los abogados se torna más relevante.

En el Derecho español es ilustrativo el artículo 24.1 de la Ley de Arbitraje, que bajo la rúbrica de *Principios de igualdad, audiencia y contradicción* señala que:

«Deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos».

(Autor: Jorge Luis Collantes González/Universidad Internacional de Cataluña).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Bello Janeiro, Domingo. *Instrumentos internacionales en materia de arbitraje internacional, conciliación y mediación. El reconocimiento de resultados por parte de los Estados*. 2009. Internacional Workshop. UOC (http://www.uoc.edu/symposia/adr/doc/_Prof_Bello_Janeiro.doc). Chillón Medina y Merino Merchán. «Tratado de Derecho Arbitral». Madrid: Thomson-Cívitas, 2006.

VOCABLOS CONEXOS: Rebeldía por conveniencia. Orden público. Dúplica. Contestación.

Deliberaciones (del tribunal arbitral)

Deliberar, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, es «Considerar atenta y detenidamente el pro y el contra de los motivos de una decisión, antes de adoptarla, y la razón o sinrazón de los votos antes de emitirlos». En definitiva, la deliberación es un proceso intelectual que incluye acopiar y comprobar hechos y su incardinación jurídica, examen, análisis, compulsa, sopesar, confrontar y comparar, incluir o excluir elementos para formar el juicio. Reflexión, en suma, cuyo resultado conduce a la decisión y exteriorización de una voluntad. La deliberación, en este sentido, es el conjunto de pasos y etapas del acto íntimo de pensamiento o de formación de un criterio para asumir una cierta posición o postura ante algo, que puede conducir o no a un pronunciamiento.

En puridad, no puede confundirse la deliberación, propiamente dicha, con la discusión de la conclusión de lo deliberado. La deliberación es el proceso mental —razonamiento— de preguntas y respuestas que, separado en lo posible de los sentidos y de la voluntad, empieza con la concepción —inspiración de la idea o la adopción de una idea ajena, su análisis y ponderación— y concluye con la organización lógica de los fundamentos que la sustentan, para poder expresarla o exponerla cuando corresponda. Por lo tanto, es acto y proceso individual, íntimo, silencioso, porque, en sustancia, es disolver un conjunto de informaciones en una serie de elementos individuales para depurar su validez singular o grupal, a la luz de circunstancias o criterios externos, que en términos arbitrales pueden ser el orden jurídico aplicable o el criterio de equidad o conciencia preexistente. La discusión, en cambio, es la contrastación del resultado de lo deliberado por uno de los árbitros, con el resultado de las otras deliberaciones de los demás árbitros.

Por ello, cuando se trata de decisiones colegiadas, la discusión es el examen conjunto de las conclusiones de las deliberaciones de cada uno de los integrantes de colegio. De esta suerte, tratándose de este

tipo de decisiones, se está ante una deliberación que podríamos calificar de duplicada, pues a la previa reflexión propia se suma la posterior reflexión sobre la deliberación ajena y confrontación o comparación con el resultado de la propia, para formar la decisión común o, cuando sea el caso, la decisión mayoritaria. Planteado en otros términos, la deliberación propia concluye con una elección entre distintas alternativas u opciones, bajo el supuesto de que lo elegido es lo más correcto en lógica, verdad y adecuación a la norma jurídica aplicable, cuando sea el caso. En cambio, la deliberación colegiada involucra la ponderación de las alternativas a que han llegado las deliberaciones individuales.

Así como las deliberaciones individuales son un proceso intelectivo y no tienen relevancia ni eficacia hasta que se transmiten en la forma que corresponda según las circunstancias, las discusiones (o deliberación grupal del resultado de las deliberaciones individuales), son secretas, o en todo caso, sin trascendencia jurídica hasta que no sean expresadas. Es regla general en todos los ordenamientos legales arbitrales y reglamentos de instituciones, que los árbitros tienen un deber de reserva, el que ciertamente incluye el decurso de las deliberaciones individuales o grupales.

Naturalmente, la deliberación más relevante corresponde a la del laudo que pone fin parcial o definitivamente a la controversia. Pero, la deliberación —como actividad del pensamiento o de la razón que conduce a una decisión— está presente y se desenvuelve durante todo el proceso y se ajusta a la naturaleza y alcances de la controversia, en la medida que su *iter* o desarrollo, su avance o suspensión o la clausura de las etapas procesales (determinación por el órgano arbitral de su propia competencia, tránsito de etapas postulatoria a probatoria, etc.) requiere la adopción de decisiones. De esta suerte, toda resolución del órgano arbitral, sea individual o colegiada, puede decirse que es resultado de una deliberación más o menos amplia o profunda.

Las discusiones o deliberaciones grupales no requieren formalidad alguna y de ordinario podrán ajustarse a las maneras de intercambio que acuerde el tribunal: verbalmente o por escrito y en uno u otro caso a través de los medios que estimen apropiados (por teléfono o presencialmente en el caso oral; por correo electrónico u otra modalidad en el caso escrito).

Deliberación en sentido jurídico tiene como antónimo y ejercicio opuesto la impremeditación o la decisión con prejuicio. De ahí que sea consustancial a las resoluciones arbitrales la expresión de la motivación y fundamentación, para que las partes puedan seguir el hilo y sustento de la decisión.

(Autor: Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena. Socio del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano/Lima).

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. *Exequatur*. Debido proceso.

Demanda arbitral

Acto típico y ordinario de iniciación procesal o declaración de voluntad de una parte por la cual ésta solicita que se dé vida a un proceso y que comience su tramitación.

La demanda es, pues, en primer lugar una petición, una solicitud de alguien para que algo sea producido. Pero, en un segundo término más restringido, es sólo aquella petición que tiene por objeto inicial el proceso, distinta de la que se propone desarrollarlo u obtener su terminación.

Desde el momento en que la demanda es el acto normal de iniciación de un proceso, sin el cual éste no puede existir, se comprende que puede configurarse como un requisito del proceso mismo; presupuesto en

sentido técnico, mucho más cuando a la demanda va incorporada la pretensión, ya que la existencia de una pretensión es el requisito fundamental, en realidad el único, de la existencia de un proceso.

La vigente Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 26 de diciembre de 2003, asume la fungibilidad del ámbito alegatorio de las partes, pero, al propio tiempo, no ha preterido su determinación progresiva. La exposición de motivos de la Ley n.º 60/2003 indica en tal sentido que «en el arbitraje no se reproducen necesariamente siempre las posiciones procesales activa y pasiva de un proceso judicial; o no en los mismos términos. Al fin y al cabo, añade, la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva».

Se adopta un criterio proporcionado, no rígido, para el trámite de alegaciones a la luz de las exigencias de buena fe y la conservación de los actos ya tramitados debiendo calcularse el plazo alegatorio en función del término global permitido para emitir el laudo, que puede variar en el arbitraje institucional y *ad-hoc.*

Quien inicia el arbitraje formula en todo caso una pretensión frente a la parte o partes contrarias y se convierte, por tanto, en actor, y ello sin perjuicio de que el demandado pueda reconvenir.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985, regula la demanda en su artículo 23, y dispone:

> «1) Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por el tribunal arbitral, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda la demanda, los puntos controvertidos y el objeto de la demanda, y el demandado deberá responder a los extremos alegados en la demanda, a menos que las partes hayan acordado otra cosa respecto de los elementos que la demanda y la contestación deban necesariamente contener. Las partes podrán aportar, al formular sus alegaciones, todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar. 2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las

> actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho».

Por su parte, la Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 26 de diciembre de 2003, regula la demanda en su artículo 29, y transcribe casi al pie de la letra lo dispuesto en la Ley Modelo.

Todos, o casi todos los Reglamentos de Arbitraje de las principales Instituciones Arbitrales, dedican alguno de sus apartados a regular el escrito de demanda, definiendo las líneas básicas de la misma. (Artículo 4.3 del Reglamento de la CCI, artículo 15 del Reglamento de la *London Court of International Arbitration*, artículo 18 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional, artículo 21.1 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje, artículo 24 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Madrid, artículo 18 de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), etc.).

Los requisitos que se establecen de la demanda, considerada ésta en su forma pura, son de muy simple formulación y, en principio sólo se exigiría la presentación de un escrito en un plazo determinado, detallándose los sujetos y el objeto genérico del procedimiento arbitral, expresándose con claridad y precisión lo que se pide, y acompañándose ciertos documentos.

Los requisitos relativos a los sujetos afectan, en primer lugar, a la institución arbitral, pues es evidente que la demanda ha de interponerse ante un órgano competente; en segundo lugar, a las partes, pues la demanda ha de proceder de quien tenga capacidad o aptitud para ser parte (legitimación activa) y debe dirigirse a un ente con capacidad para ser parte y con legitimación pasiva.

En relación al objeto, la demanda ha de ser objetivamente posible, idónea y justificada.

De este modo, no se establecen propiamente requisitos de forma y contenido de los escritos de alegaciones de las partes, al objeto de resguardar la flexibilidad y la adaptabilidad del procedimiento arbitral, principios inspiradores del proceso arbitral. La función de la demanda (y de la contestación), no es sino ilustrar a los árbitros sobre el objeto de la controversia; eso sí, una vez determinado el objeto del proceso en la demanda y en la contestación, las partes no pueden alterar, de manera sustancial, sus pretensiones iniciales, sólo pueden realizar alegaciones complementarias, es decir, precisiones o matizaciones a sus alegaciones iniciales, sin que se pueda producir un cambio en lo que se pide.

(Autora: María Arias Navarro. Letrada de la Corte Española de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Guasp, Jaime y Pedro Aragoneses. *Derecho Procesal Civil. Introducción y Parte General.* Madrid: Thomson-Cívitas, 2005, tomo I. Lorca Navarrete. «La garantía del ámbito alegatorio de las partes en el arbitraje: en concreto la admisión de la reconvención y la prohibición de la 'Mutatio Libelli'». *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 2010, vol. 22, n.º 2, pp. 315-319.

REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 26 de diciembre de 2003. Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional; Reglamento de la *London Court of International Arbitration.* Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional. Reglamento de la Corte Española de Arbitraje. Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Madrid y Reglamento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje.

VOCABLOS CONEXOS: Alegaciones (*memorials*). Contestación (*rebuttal*). Reconvención. Procedimiento arbitral.

Dépeçage

Es la posibilidad que tienen las partes de un contrato de aplicar varios Derechos distintos a distintas partes del contrato. Por ejemplo: las partes deciden aplicar Derecho inglés al régimen de sanciones de un contrato de construcción y Derecho español a todo lo demás. Esta posibilidad debe estar permitida por las normas de Derecho Internacional Priva-

do del foro; por ejemplo, artículo 3.1 del Reglamento n.º 593/2008, «Roma I», en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar/Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Fernández Rozas, J.C. y S. Sánchez Lorenzo. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Cívitas, 2009, 5.ª Ed. Calvo Caravaca, A.L. y J. Carrascosa González. *Derecho Internacional Privado*. Granada: Comares, 2009-2010, 10.ª Ed.

VOCABLOS CONEXOS: Conflicto de leyes. Derecho aplicable al fondo del asunto.

Derecho anglosajón

Con este término, o más frecuentemente con el término «*Common Law*», se designa a la tradición jurídica de Inglaterra y de los países colonizados por el Reino Unido. Su principal característica es que es un Derecho de base jurisprudencial aunque, por definición, también considera que la ley emanada del parlamento es superior a la jurisprudencia. Su origen está en la doctrina y práctica creada por los jueces nombrados por la nueva dinastía normanda, a partir de la invasión de Inglaterra en 1066. Este término se opone en ocasiones al de *civil law*, como tradición jurídica de los países de la Europa Continental, aunque su contenido y orígenes no tienen necesariamente que ser diferentes.

(Autor: Nicolás Zambrana, Profesor de Derecho Internacional Privado, U. de Navarra).

VOCABLOS CONEXOS: Buena fe. Derecho continental. Confluencia de tradiciones jurídicas. Cultura arbitral. Fuerza mayor.

Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional

La ley o el Derecho aplicables al fondo del asunto, en el arbitraje comercial internacional, regulan los derechos y obligaciones de las partes, nacidos de la relación jurídica material que les une, que habitualmente será de naturaleza contractual. Esta ley, por tanto, regirá la interpretación del contrato, el régimen de responsabilidad por incumplimiento, las sanciones e indemnizaciones, etc. La ley aplicable al fondo se ha de diferenciar de la ley procesal aplicable al arbitraje (*lex arbitri*).

En el proceso de determinación de la ley aplicable al fondo se ha de distinguir entre aquellos casos en los que las partes han elegido la ley a aplicar y los casos en que no ha habido elección. La elección de la ley aplicable puede ser expresa o implícita. Hoy se acepta de modo general que las partes son libres para elegir las normas aplicables al fondo de la controversia, tanto en el arbitraje comercial como en el de inversiones. Prueba de la universalidad del principio de autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable es su presencia en las leyes, convenios internacionales y reglamentos de arbitraje más utilizados (artículo 28.1 Ley Modelo UNCITRAL, artículo 17.1 Reglamento CCI). La práctica arbitral también eleva esta regla a la categoría de principio universal.

El principio de autonomía de la voluntad también debe entenderse como permitiendo una elección del Derecho aplicable una vez iniciada la controversia, más aún en materia de arbitraje, donde las partes son «dueñas» del proceso en mayor medida que en los procedimientos ordinarios.

Las partes pueden elegir tanto un ordenamiento nacional como un sistema privado de reglas jurídicas (principios UNIDROIT) o costumbres mercantiles (Nueva *Lex Mercatoria*), como lo indica el hecho de que las leyes y reglamentos de arbitraje, a la hora de sancionar el principio de la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable, se

refieren a *rules of law* (reglas de Derecho, normas jurídicas) en vez de a leyes positivas estatales, únicamente. Las partes pueden, asimismo, elegir una combinación de ordenamientos o aplicar un ordenamiento a ciertas partes del contrato y otro ordenamiento a otra parte distinta (*depeçage*). La interpretación de estas «cláusulas combinadas» de Derecho aplicable depende enteramente del tribunal arbitral, que deberá averiguar la verdadera voluntad de las partes en el momento en que se produjo la elección. Por ejemplo, ante una elección del Derecho español y, simultáneamente, de los «principios del comercio internacional», el tribunal arbitral podrá decidir que ha de aplicar el Derecho positivo español, pero dando una importancia superior a las costumbres mercantiles del ámbito comercial o industrial propio de la controversia. De todos modos, el reglamento arbitral (por ejemplo, el artículo 17.2 del Reglamento CCI) puede indicar que, en todos los casos, el tribunal arbitral deberá tener en cuenta las disposiciones del contrato y los usos de comercio pertinentes.

Las expresiones utilizadas por la ley modelo y los distintos reglamentos arbitrales («elegidas por las partes», «designadas por las partes», «acordadas por las partes», «*agreed upon*», «acordar libremente», «indicado como aplicable») parecen permitir bastante flexibilidad y ningún formalismo en la elección del Derecho aplicable, lo que hará posible la elección tácita o implícita. Esta elección implícita o tácita se deberá deducir del conjunto de circunstancias que rodean la controversia. Sin embargo, el tribunal arbitral no deberá entender que existe una elección donde en realidad no la hubo, ni deberá tratar de descubrir la ley que las partes habrían elegido, de haber prestado atención a este particular. Como caso particular de la elección implícita o tácita, se puede plantear, de modo bastante arriesgado, que cuando no ha habido elección de un Derecho positivo concreto, cada una de las partes, por lo menos, ha expresado su rechazo al Derecho interno propio de la otra parte, de modo que el árbitro, al tratar de determinar el Derecho aplicable en ausencia de elección, no podría elegir ninguno de dichos ordenamientos (elección negativa).

En ausencia de elección (expresa o implícita), el reglamento arbitral o, en su ausencia, la ley de arbitraje, indicarán el procedimiento para determinar la ley aplicable. Algunas leyes y reglamentos prevén que el tribunal arbitral determine la ley aplicable utilizando las normas de conflicto que crea convenientes (artículos 28.2 Ley Modelo UNCITRAL y 33.1 Reglamento UNCITRAL). Otros prevén que el tribunal decida el fondo de la controversia de acuerdo con la ley o normas jurídicas que estime apropiadas (*voie directe* o vía directa: artículos 34.2 Ley Española de Arbitraje, 17.1 Reglamento CCI, 22.3 Reglamento LCIA). Es decir, en el primer caso, el tribunal arbitral deberá determinar las normas indirectas (normas de conflicto) que se han de utilizar y a continuación determinar qué ordenamiento estatal o privado señalan dichas normas. En el segundo caso, el primer paso se omite, aunque con seguridad el árbitro realizará un razonamiento en clave de Derecho Internacional Privado, analizando los puntos de contacto de la controversia con los diferentes ordenamientos en juego.

El tribunal arbitral podrá escoger una norma de conflicto contenida en algún ordenamiento positivo estatal o una norma de conflicto no nacional. En el primer caso, el tribunal puede decidir aplicar las normas de conflicto del país sede del arbitraje, las del país que habría sido competente en ausencia de arbitraje o las del país de origen del árbitro. En caso de escoger una norma de conflicto no nacional, ésta puede ser un «principio general del Derecho Internacional Privado», como el de la ley más estrechamente vinculada con la relación jurídica, o se pueden utilizar métodos más flexibles, que tengan en cuenta todos los datos, como el *closest connection test*, *centre of gravity test*, o la teoría del *tronc commun*, que consiste en entender que las partes rechazan aquellas porciones del Derecho de la otra parte que son diferentes del propio Derecho y aceptan aquellas partes del Derecho que son comunes.

Se debe reseñar que, en muchas ocasiones, el problema de la ley aplicable al fondo es soslayado por los tribunales arbitrales, interpretando el contrato conforme a sus propios términos, sin ninguna referencia a

otras normas jurídicas. En otras ocasiones tampoco se determina dicha ley porque el tribunal entiende que las diferentes leyes entre las que tiene que escoger son idénticas o que las soluciones materiales a las que llegan en el caso concreto son las mismas.

En cuanto a la incidencia de las normas imperativas y de orden público en la decisión sobre el fondo, tomada por el tribunal arbitral, tales normas se definen aquí como aquéllas que prevalecen sobre lo pactado por las partes en su relación jurídica (casi siempre contractual) y sobre lo previsto, asimismo, por la ley aplicable al contrato. Sin embargo, el fundamento de la obligatoriedad de dichas normas, así como su alcance y efectos, no son los mismos en el arbitraje y en los procedimientos judiciales ordinarios. En éstos, el juez está obligado, por su cargo, a aplicar las normas de orden público de su propio país —el foro— y, si la ley así lo dice, a aplicar las normas de orden público de otros países que tengan relación con la controversia. Asimismo, está obligado a aplicar las normas imperativas contenidas en la ley aplicable al contrato, según las reglas de Derecho Internacional Privado del foro. En cambio, el árbitro internacional no tiene foro y, por tanto, no está, en principio, obligado por las normas de orden público del foro. Asimismo, el árbitro únicamente tiene una obligación profesional de cara a las partes, por lo que su interpretación de la ley aplicable al contrato ha de tener en cuenta sus intereses.

En este sentido, el árbitro internacional puede hacer prevalecer lo previsto por las partes sobre lo previsto en las normas de la ley aplicable, sean o no imperativas. A lo que el árbitro sí está obligado, por este mismo interés de las partes, es a tratar de que el laudo no sea anulado en el país sede del arbitraje y a que sea reconocido y ejecutado en todo país en el que se pida su reconocimiento y ejecución. Por ello, el árbitro sí tendrá que tener en cuenta aquellas normas imperativas y de orden público cuya inaplicación pueda viciar de nulidad el laudo (artículo 41.1.f de la Ley Española de Arbitraje) o impedir su reconocimiento (artículo V.2b) del Convenio de Nueva York de 1958).

Un laudo arbitral que decida sobre el fondo sin aplicar el Derecho indicado como aplicable por las normas de conflicto del reglamento de arbitraje o de la ley de arbitraje aplicables podría ser objeto de una acción de nulidad sobre la base de que el procedimiento arbitral no se ha ajustado a lo previsto por las partes (artículo 34.2.a.iv de la Ley Modelo UNCITRAL). Esta posibilidad no aparece cuando el laudo incurre en un mero error de Derecho.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar/Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Lew, J.D.M. «*Applicable law in international commercial arbitration*». Dobbs Ferry, Oceana Publications, Inc., 1978. Kulpa, N.N. «*Das anwendbare (materielle) Recht in internationalen Handelsschiedsgerichtsverfahren*». Frankfurt: Peter Lang, 2005. Grigera Naón, H. «*Choice of Law Problems in International Commercial Arbitration*». Tubinga: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1992.

VOCABLOS CONEXOS: Conflicto de leyes. Derecho aplicable al arbitraje. *Depeçage.* Orden público.

Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones

La ley o el Derecho aplicables al fondo del asunto, en el arbitraje de inversiones, regulan los derechos y obligaciones de las partes —inversor extranjero y Estado receptor de la inversión—, nacidos, ya sea de una relación contractual entre ellas (contrato de Estado), o simplemente de la relación de carácter administrativo que tienen como inversor y como Estado donde se realiza la inversión. En este último caso, el Derecho aplicable al fondo regulará todo el ámbito de actuaciones del inversor, derivadas de su condición de inversor y todo el ámbito de actuaciones soberanas del Estado, o de sus diversos organismos o entes privados, que puedan afectar a la inversión o al inversor en cuanto tal.

Cuando un arbitraje de inversiones se sustancia conforme a una ley de arbitraje nacional, siendo o no de aplicación al mismo tiempo un reglamento de arbitraje comercial, se ha de recordar lo dicho aquí respecto al Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional. En los arbitrajes plenamente deslocalizados, a los que se aplica un tratado internacional como el Convenio de Washington (Convenio CIADI), el TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) o la ECT (*Energy Charter Treaty*), el modo de determinación del Derecho aplicable al fondo de la controversia estará previsto en el propio tratado.

Cuando se aplica el Convenio CIADI y su reglamento, vale aquí lo dicho respecto a la elección expresa y tácita del Derecho aplicable en el arbitraje comercial internacional, pues el artículo 42.1 del Convenio respeta la autonomía de la voluntad en la elección del Derecho aplicable.

Respecto a las cláusulas combinadas de elección de Derecho aplicable, presentes en muchos contratos de inversión (contratos de Estado) que exigen la aplicación conjunta del Derecho Nacional y el Internacional u ordenamientos privados como los principios UNIDROIT, el tribunal arbitral debe considerar el fondo del asunto conforme a los varios ordenamientos incluidos en la cláusula y, a continuación, comprobar si las soluciones coinciden (como en el *Caso AGIP vs. Congo*), o no (*Caso CME*), en cuyo caso se deberá plantear si las relaciones entre ordenamientos hacen que una solución prevalezca sobre la otra o si cada ordenamiento tiene su propio campo de aplicación, de modo que la oposición entre ellos es imposible. Todo ello evitará futuros procedimientos de nulidad motivados por alegaciones de extralimitación de las facultades del tribunal.

En ausencia de elección del Derecho aplicable, el artículo 42.1 prevé la aplicación tanto del Derecho Interno del Estado parte en la controversia como del Derecho Internacional, sin especificar las relaciones entre ambos. En el *Asunto Antoine Goetz vs. Burundi*, un tribunal arbitral

resumió las soluciones dadas anteriormente por la jurisprudencia arbitral del CIADI, respecto a las relaciones entre los distintos Derechos aplicables, afirmando que dichas relaciones pueden ser (i) de jerarquía, aplicándose en primer lugar el Derecho Interno, pero dejándolo de lado en caso de contradecir el Derecho Internacional; (ii) relaciones de subsidiariedad según las cuales el Derecho Internacional sólo tendría la misión de llenar lagunas en el Derecho Interno o contribuir a su interpretación; o (iii) relaciones de complementariedad, teniendo cada Derecho su propio ámbito de aplicación.

Durante la negociación del Convenio también se previó la posibilidad de que los tribunales arbitrales utilizaran el Derecho Internacional si existían lagunas en el Derecho del Estado parte o si el Derecho Interno contradecía el internacional.

Las decisiones más significativas, que sostienen la función correctiva y de llenado de lagunas del Derecho Internacional, son las dictadas por los comités *ad-hoc*, en procedimientos de nulidad, en los casos *Klöckner vs. Camerún* y *Amco vs. Indonesia*.

Cuando el arbitraje se inicia al amparo de un APPRI (ver APPRIs), el inversor (casi siempre demandante) ha de elegir conforme a qué reglamento se administrará dicho arbitraje. Si el reglamento elegido es del CIADI, así como el Convenio CIADI, será de aplicación el artículo 42.1 de este tratado, que como ya se ha dicho respeta la elección de las partes del Derecho aplicable. Lo mismo ocurre si el arbitraje se inicia conforme a las otras dos opciones que con más frecuencia se indican en los APPRIs: el Reglamento UNCITRAL (artículo 33.1) o el Reglamento del *Arbitration Institute* de la Cámara de Comercio de Estocolmo (artículo 22.1). En los tres casos, habrá que entender que el Derecho elegido por las partes, tácitamente, es el señalado por las cláusulas de Derecho aplicable que aparecen en el propio APPRI la mayor parte de las veces. Estas cláusulas tienen diferentes redacciones, pero en la mayor parte de los casos, de un modo o de otro, piden la aplicación

del Derecho del Estado parte en la controversia junto con el APPRI y el Derecho Internacional general. Para resolver cualesquiera conflictos entre estos ordenamientos, valdría lo dicho anteriormente sobre las relaciones entre Derecho Nacional e Internacional conforme al artículo 42.1 del CIADI.

En ocasiones, los inversores reclaman alegando que un incumplimiento de contrato es además un incumplimiento del APPRI. En estos casos, la ley aplicable al contrato indicará si existe incumplimiento del mismo, pero el APPRI indicará si dicho incumplimiento es de tal magnitud o del tipo necesario para considerar que también se ha incumplido el APPRI. No obstante, también un acto del Estado que no fuera considerado incumplimiento contractual por la ley nacional aplicable al contrato, podría llegar a ser un incumplimiento del APPRI si dicho acto estatal viola los estándares de trato a la inversión contenidos en el mismo.

Asimismo, en los casos en que se alegue que una acción administrativa del Estado receptor de la inversión es un incumplimiento del APPRI, el Derecho Administrativo del Estado en cuestión regulará la licitud o no del acto administrativo, aunque posteriormente será el APPRI el que determinará si dicho acto administrativo, sea lícito o no conforme al Derecho interno, supone un incumplimiento de tratado.

El Derecho aplicable a la existencia de derechos de propiedad del inversor es el Derecho Interno del Estado receptor de la inversión, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, aunque el APPRI es el Derecho aplicable a la cuestión de si los derechos de propiedad del inversor constituyen una inversión protegida por el propio APPRI, así como la cuestión de si dichos derechos se han visto perjudicados. El Derecho aplicable a la cuestión de si el inversor es un nacional de un Estado parte del APPRI es el Derecho de ese Estado y el propio APPRI. El Derecho aplicable a la cuestión de si una sociedad tiene capacidad para actuar ante un tribunal arbitral constituido al amparo del APPRI es el Derecho conforme al que está constituida la sociedad.

En las controversias sometidas al TLCAN, es de aplicación el artículo 1131.1 de dicho tratado, que indica que se dirimirán las controversias de conformidad con el propio tratado «y con las reglas aplicables del Derecho Internacional». Asimismo, el artículo 102 establece que el tratado se ha de interpretar y aplicar de acuerdo con sus objetivos y con las normas aplicables de Derecho Internacional. Los objetivos incluyen la transparencia y el incremento de las oportunidades de inversión en el territorio de las partes. Estudiando la jurisprudencia del TLCAN se observa que, a pesar de que el artículo 1131.1 mencionado sólo indica la aplicación del tratado y el Derecho Internacional general, el Derecho del Estado parte en el arbitraje también será muy relevante porque, en ocasiones, el incumplimiento de dicho Derecho, en caso de ser muy grave, equivaldrá a un incumplimiento de la obligación de trato justo y equitativo contenida en el propio TLCAN.

En las controversias sometidas a la ECT, es de aplicación su artículo 26(6), que exige la aplicación, únicamente, del propio tratado y de las normas y principios aplicables de Derecho Internacional.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar/Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Douglas, Zachary. «*The International law of Investment Claims*». Cambridge: Cambridge University Press, 2009. Schreuer, C. «*The ICSID Convention: A Commentary*». Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje del Estado. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Derecho aplicable al arbitraje.

Derecho continental (Derecho de tradición jurídica romano-germánica)

Recibe el nombre de Derecho Continental o *Civil law* la tradición jurídica romano-germánica, procedente principalmente del Derecho

Romano y Canónico-Medieval, que fue más tarde la base, en parte, del Derecho codificado en los países latinos (Portugal, España, Francia, Italia, etc.) y germánicos (Alemania y Austria). También se utiliza en ocasiones el término «tradición jurídica continental». Estos términos se oponen en ocasiones al *common law*, como tradición jurídica de los países anglosajones, aunque su contenido y orígenes no tienen necesariamente que ser diferentes.

(Autor: Nicolás Zambrana, Profesor de Derecho Internacional Privado, U. de Navarra).

VOCABLOS CONEXOS: Buena fe. *Common law*. Confluencia de tradiciones jurídicas. Cultura arbitral. Fuerza mayor.

Derechos humanos fundamentales (en el arbitraje)

Como es sabido, el acceso a la justicia es un Derecho Fundamental consagrado por el artículo seis del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH). Derecho elevado a principio general del Derecho Comunitario por el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que se encuentra reconocido en todas las constituciones democráticas del mundo, en concreto, en el artículo 24 de la Constitución española. Así, el derecho a la justicia es una exigencia a la que todos los Estados deberían responder garantizando su aplicación práctica, en particular, mediante la puesta a disposición de procedimientos judiciales accesibles a todos los ciudadanos, rápidos y poco costosos.

Sin embargo, la insatisfacción de la ciudadanía con respecto a la justicia es un hecho probado. Cada vez son mayores y más evidentes las tendencias que reflejan el creciente descontento de la opinión pública por los defectos de la Administración jurisdiccional. Los litigios ante los tribunales se multiplican, los procedimientos tienden a alargarse y los

gastos ocasionados por dichos procedimientos aumentan. La cantidad, la complejidad y el carácter oscuro o demasiado técnico de los textos legislativos contribuyen a dificultar el acceso a la justicia, siendo el de la dilación en la resolución de los procedimientos uno de los aspectos más preocupantes. Además, en el contexto comunitario e internacional, a los problemas de saturación de los tribunales, se añaden cuestiones a menudo complejas de conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo y de órdenes jurisdiccionales competentes, así como las dificultades de carácter lingüístico y financiero.

Todos estos inconvenientes provocan en la práctica que la justicia tenga un efecto disuasorio que dista sobremanera de su primer objetivo, cual es el de proteger y dar amparo al justiciable. Era urgente, pues, la necesidad de ofrecer soluciones a esta problemática de gran actualidad e indudable trascendencia práctica. Para ello, se propusieron otras formas de justicia basadas en métodos más eficaces y prácticos para la resolución de conflictos. Métodos alternativos al orden jurisdiccional que contribuyan a modernizar el sistema judicial, a hacer efectivo un derecho fundamental y a simplificar los mecanismos jurisdiccionales, sin suponer una pérdida de garantías para el justiciable. Ello no implica que las iniciativas destinadas a fomentar los métodos clásicos de justicia no sean aquí también defendidas. Se ha de encontrar una complementariedad y una armonía entre las mismas. Entendiendo por justicia su acepción primera. Es decir, la de la Justicia «a secas», sin diferenciar la forma judicial o extrajudicial de acceder a ella. Entre los métodos alternativos de solución de conflictos, destacan especialmente la Negociación, la Mediación, la Conciliación, la Transacción, el Arbitraje y, en general, los métodos conocidos genéricamente como «ADR» —*Alternative Dispute Resolutions—;* así como la comprensión de su importancia como elementos de pacificación social y manejo eficiente de los conflictos.

No obstante, en puridad, dentro del marco institucional del CEDH, la consideración del arbitraje privado como forma de justicia estatal se define por su propia carencia. Es evidente que ni la palabra ni la idea de la

jurisdicción arbitral aparecen reflejadas en el articulado del Instrumento Convencional. Tampoco encontramos referencia en el Convenio de Estrasburgo de ninguna otra forma extrajudicial de conflictos. El análisis dispositivo del CEDH, en su relación específica con el arbitraje, confirma que la institución arbitral, al no haber sido tomada en consideración en los trabajos preparatorios, es lógico que tampoco hoy se haya visto modificada a este respecto en ninguno de sus protocolos adicionales. No sólo el arbitraje no aparece en la letra convencional, sino tampoco en su más arraigado espíritu. Cabría plantearse si se puede deducir en base a ello que no existe posibilidad de conexión entre ambas instituciones, pero una apresurada respuesta afirmativa en este sentido resultaría demasiado simplista.

No hay que atender sólo al sentido literal del precepto ni descuidar el valor imperativo de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que si algo tiene que decir en el desarrollo del Derecho Internacional, no se entiende un rechazo de entrada a la jurisdicción arbitral ni a los ADR, en particular. En especial, el artículo 6.1, derecho fundamental a un juicio equitativo y a un tribunal independiente e imparcial, que consolida el derecho a la tutela judicial efectiva como derecho fundamental. Artículo, susceptible de una amplia gama de interpretaciones, minimalistas y maximalistas, que en su notable acepción privatista es presentado como uno de los escasos cauces de vinculación existentes entre el arbitraje y el Convenio a través de lo que el arbitraje como institución y el resto de mecanismos ADR representan: otra forma de hacer posible el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva.

(Autora: Marta Gonzalo Quiroga. Profesora de Der. Int. Priv. U. Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Picó i Junoy, J. «La confianza en el arbitraje y su tutela judicial». *Gaceta de los negocios,* 8 de abril de 2005, Legal-fiscal, Dossier de documentación. Gonzalo Quiroga, M. *Métodos Alternativos de Solución de Conflic-*

tos: Perspectiva multidisciplinar. Madrid: Dykinson, 2006, pp. 25-31. Gonzalo Quiroga, M. «El arbitraje en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos». *Derecho de los negocios*, año 8, n.os 82/83, julio/agosto 1997, pp. 11-25.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. *Alternative Dispute Resolution (ADR)*. Conciliación. Debido proceso (*Due Process*). Mediación.

Designación de los árbitros

La designación de los árbitros se configura como la potestad que tienen las partes, en base al principio básico de *autonomía de la voluntad*, que prima en el arbitraje, de nombrar al árbitro o árbitros que van a dirimir las controversias sometidas a arbitraje.

El nombramiento del árbitro se compone no sólo de la designación física de la persona o tribunal arbitral, sino también de las especialidades que debe poseer, ya sea en cuanto a su cargo, como a su carrera profesional y experiencia o incluso su disponibilidad.

De esta manera, ese principio de libertad contractual del que gozan las partes, sitúa al árbitro en un escenario donde recibe de las partes la legitimación de su investidura y a su vez acota la extensión de sus poderes.

Otros principios inspiradores del régimen de nombramiento de los árbitros, y que son consecuencia directa de la libre disposición de las partes a la hora de diseñar su procedimiento, son: 1) el *principio de igualdad*, pudiendo generar la nulidad del convenio arbitral si en base a él dicha designación sitúa a una de las partes en una situación de desventaja; 2) el *principio de voluntariedad*, donde las partes, *prima facie*, establecen el procedimiento o medio de designación; 3) el *principio de imparidad*, siendo las partes las que pueden acordar libremente el número de árbitros que constituirán su tribunal arbitral; 4) el *principio de árbitro como persona física*, entendido y aplicado al árbitro en sí mismo, ya que si hablamos de persona jurídica, ésta únicamente tendría la capacidad de administrar el

procedimiento de manera similar a como lo hacen las instituciones arbitrales; y en último lugar 5) el *principio de capacidad mínima*, entendido como la necesidad de estar en pleno ejercicio de los derechos civiles.

Estos principios establecidos por el profesor Merino Merchán y Chillón Medina en su Tratado de Derecho Arbitral son el reflejo de lo establecido en nuestra Ley de Arbitraje del año 2003, si bien pueden perfectamente extrapolarse al ámbito internacional, ya que, en esencia, el legislador español asemeja nuestra ley a las leyes y tratados internacionales.

Por otro lado, las partes pueden escoger entre tres sistemas de designación diferentes: si nos encontramos en un arbitraje *ad-hoc*, el nombramiento será directo por las partes en su convenio arbitral o con posterioridad al mismo, de manera complementaria si la legislación lo permite; si optamos por un arbitraje institucional, el nombramiento estará regulado por el reglamento de dicha institución; y, por último, el nombramiento del tribunal arbitral puede estar regido por la ley nacional de la sede, como ley de procedimiento.

Al margen de estos tres sistemas simples, se puede elaborar un sistema mixto que combine, por ejemplo, el arbitraje *ad-hoc* y el arbitraje institucional. Procedemos a definir de una manera pormenorizada la designación arbitral en el arbitraje *ad-hoc* y el arbitraje institucional.

El arbitraje *ad-hoc*, o como muchos autores lo denominan, *arbitraje no administrado*, consiste en la facultad que tienen las partes de diseñar su propio procedimiento, incluida la designación del árbitro, al margen de la tutela de una institución arbitral. Este tipo de arbitraje puede decaer en numerosos inconvenientes y problemas prácticos, ya que las partes deben poner especial cautela para no incurrir en contradicciones, inexactitudes, lagunas o insuficiencias a lo largo del proceso.

Uno de los principales problemas que puede surgir en este tipo de arbitraje es que no se haya previsto la forma de designación de los árbitros

o que, pese a que se haya previsto dicha designación, ésta ofrezca dudas en el nombramiento o existan posiciones encontradas en el mismo. La solución por la que apuesta el arbitraje internacional es el recurso a la autoridad judicial, al ser la ley nacional de la sede la ley que rige el procedimiento, si bien las partes han podido prever esa situación y en el propio convenio arbitral designan a esta autoridad o personalidad exterior que dirima la controversia suscitada.

Por el contrario, dentro del marco de la designación de árbitros en el arbitraje institucionalizado, basta la remisión en el convenio arbitral a una institución especializada para que el desarrollo del procedimiento arbitral se resuelva casi mecánicamente a través de un sistema preestablecido, basado en su reglamento. La institución, a través de sus medios, de su personal y de su experiencia podrá dirigir el proceso de manera sencilla, superando las dificultades que pudieran surgir.

En base a esa voluntariedad de las partes, éstas eligen la institución que más se acomoda o ajusta a sus intereses en función del tipo de procedimiento que determina su reglamento, reduciendo de esta manera las complejidades que pueden surgir, en concreto, en materia de designación de árbitros ya que éstas seleccionan a los mismos en base a su experiencia profesional y técnica, generando, por tanto, de cara a las partes unas garantías máximas.

El sistema de designación de árbitros viene marcado por el reglamento por el que optemos, si bien con carácter general y con independencia de otros sistemas de designación más específicos, podemos diferenciar entre:

Sistema de nombramiento directo por las partes sin limitación alguna. En este sistema son las partes las que eligen al árbitro sin tener que ser éste necesariamente uno de la lista de la institución arbitral. Como ejemplo de este sistema tenemos la *American Arbitration Association* o la *International Law Association.*

Sistema de nombramiento directo de los árbitros por la institución de arbitraje. Este sistema suele aplicarse cuando la materia es muy específica o son pleitos de escasa entidad, ya que la Institución siempre intenta preservar la autonomía de las partes, por ser una cuestión esencial en arbitraje.

Sistema de designación de los árbitros de la Cámara de Comercio Internacional (artículos 8 y 9 del Reglamento) y AEADE (artículo 14 del Reglamento). La designación de árbitros se establece de la siguiente manera: en cuanto al número de árbitros que resolverán la controversia se establece que las partes pueden optar entre uno o tres árbitros, si bien como regla general, la institución nombrará un árbitro único, a menos que la complejidad del caso o la cuantía de la controversia justifiquen el nombramiento de tres árbitros. Cuando las partes lo hubieran acordado o, en su defecto, la Asociación decidiera que procede nombrar un árbitro único, se podrá dar a las partes un plazo conjunto de 15 días para que designen el árbitro de común acuerdo, salvo que en los escritos de demanda y contestación de ambas partes hayan manifestado su deseo de que el nombramiento se realice directamente por la Asociación, en cuyo caso se realizará sin más trámites. Pasado, en su caso, el plazo establecido sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el árbitro único será nombrado por la Asociación. Cuando las partes hubieran acordado antes del comienzo del arbitraje el nombramiento de tres árbitros, cada una de ellas, en sus respectivos escritos de demanda y contestación deberá proponer un árbitro. El tercer árbitro —que actuará como presidente del Colegio Arbitral— será propuesto por los otros dos árbitros, a los que se les dará un plazo de 15 días para que designen el árbitro de común acuerdo. Pasado este plazo sin que se haya comunicado una designación de común acuerdo, el tercer árbitro será nombrado por la Asociación dentro de los 15 días siguientes. Si alguna de las partes no propusiera el árbitro que le corresponde en los mencionados escritos, lo designará la Asociación en su lugar, así como también y sin más demora el tercer árbitro. Si, en defecto de acuerdo de las partes, la Asociación acordara la procedencia de la constitución

de un Colegio Arbitral se conferirá a las partes un plazo conjunto para que cada una de ellas designe el árbitro que le corresponda. Transcurrido este plazo sin que una parte haya comunicado su designación, el árbitro que corresponda a esa parte será nombrado por la Asociación. El tercer árbitro se nombrará conforme a lo establecido en el apartado anterior. Los árbitros deberán aceptar dentro de los diez días siguientes a la recepción de la comunicación de la Asociación notificándoles su nombramiento.

Por todo ello, consideramos que la designación del árbitro o tribunal no es una cuestión baladí que deba ser tratada de manera despreocupada, ya que son los árbitros los que van a resolver nuestros conflictos sometidos a arbitraje. Es importante, por tanto, elegir bien el sistema que más convenga a nuestros intereses teniendo un amplio abanico de opciones.

(Autor: Javier Iscar de Hoyos. Secretario General de AEADE).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Merino Merchán, José F. y José M.ª Chillón Medina. *«Tratado de Derecho Arbitral»*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2006. Garberí Llobregat, J. *«Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de diciembre de Arbitraje»*. Barcelona: Bosch, 2004. Merino Merchán, José F. *«Curso de Derecho Arbitral»*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2009.

VOCABLOS CONEXOS: Abstención de los árbitros. Árbitro. Deber de declaracion (de los árbitros). Colegio arbitral. Designación de los árbitros. Disponibilidad para ser árbitro. Imparcialidad del árbitro. Independencia del árbitro. Neutralidad del árbitro. Recusación de los árbitros. Responsabilidad de los árbitros. Tribunal arbitral.

Desistimiento del proceso arbitral

El desistimiento del proceso es el acto jurídico procesal a través del cual el actor manifiesta su voluntad de poner fin a la relación procesal, es decir, de no continuar el proceso pendiente iniciado por él.

En tal sentido, el desistimiento del proceso constituye una forma anticipada de terminar un arbitraje, por lo que se entiende que el mismo se puede producir en cualquier momento, antes de que los árbitros dicten el laudo definitivo.

El desistimiento del proceso arbitral no lo es del convenio arbitral suscrito (al cual se podrá recurrir en el futuro, si se cumplen sus condicionantes de validez y eficacia), sino de las actuaciones arbitrales iniciadas por un concreto conflicto. Entonces, tanto el demandado como el propio demandante tendrán la posibilidad de iniciar un arbitraje sobre idéntica controversia (siempre que el derecho no haya caducado).

Luego de admitido el desistimiento solicitado por el actor, existe la posibilidad de que el proceso continúe hasta dilucidar la cuestión relativa a los gastos procesales.

Respecto a la declaración que debe hacer el actor, el desistimiento del proceso arbitral requiere de una expresión de voluntad clara y terminante (es decir, expresa), si bien hay quienes podrían sostener que el desistimiento tácito podría ser interpretado como la falta de presentación de su demanda. Sobre el particular, Segoviano señala que en dicho supuesto no se podría hablar de desistimiento en sentido estricto. Ello, habida cuenta de que la mayoría de legislaciones establecen que si el demandante no presenta su demanda en el plazo concedido, el tribunal arbitral podrá dar por terminadas las actuaciones, a menos que, oído el demandado, éste manifieste su voluntad de ejercer alguna pretensión.

En efecto, según Yáñez, nada impide apreciar —desde el punto de vista del demandante— que su incomparecencia exprese un tácito desistimiento del arbitraje por él mismo iniciado.

Cabe precisar que la inactividad del actor (después de haber presentado la demanda), no impide la continuación del arbitraje, con lo cual no se estaría produciendo el efecto del desistimiento, a saber: la terminación del proceso.

En efecto, si, por ejemplo, el demandado no presenta su contestación dentro del plazo, el tribunal arbitral continuará las actuaciones (sin que esa omisión se considere como una aceptación de las alegaciones del demandante) y, en su momento oportuno, emitirá el laudo respectivo.

Incluso, si una de las partes no comparece a las audiencias, no presenta pruebas o deja de ejercer sus derechos en cualquier momento, el tribunal arbitral podrá continuar las actuaciones y dictar el laudo con fundamento en las pruebas que tenga a su disposición.

a) Desistimiento del arbitraje y desistimiento de la pretensión

Por otro lado, cabe distinguir el desistimiento del proceso (del arbitraje) del desistimiento de la pretensión. En este último, no sólo se admite la posibilidad de que el actor se desista del arbitraje, sino que, además, se puede desistir de la pretensión.

El desistimiento de la pretensión es un acto unilateral que implica la renuncia o abdicación del derecho material en el ámbito del proceso (del arbitraje), es decir, se trata de un acto jurídico procesal que genera la imposibilidad de promover otro arbitraje por el mismo objeto y causa (por la misma pretensión).

b) Requisitos

Existen ciertos requisitos para la procedencia del desistimiento del arbitraje, a saber: (i) que el demandado no se oponga a ello, y (ii) en caso el demandado se oponga, que el Tribunal Arbitral no le reconozca un interés legítimo para obtener una solución definitiva de la controversia.

En relación al punto (i) de los requisitos de procedencia, cabe señalar que si no hay reticencia de parte del demandado, se generará un *mutuo*

disenso. Es decir, ambas partes están de acuerdo en que el arbitraje finalice de manera anticipada, sin que se expida un laudo arbitral sobre el fondo de la controversia.

Ahora bien, cabe recordar que —a pesar de que ambas partes estén de acuerdo en esta conclusión anticipada del arbitraje— cualquiera de ellas tendrá el derecho de iniciar un arbitraje sobre la misma controversia, en tanto no haya caducado el derecho material respectivo.

El demandado puede no oponerse al desistimiento de forma expresa o tácita. Esta última se dará en el supuesto de que el demandado no absuelva el traslado (no se pronuncie sobre el desistimiento), en el plazo concedido para ello por el Tribunal Arbitral. Según refiere Segoviano, habrá de fijarse un plazo durante el cual el demandado pueda manifestar su oposición al desistimiento, ya que de no hacerse así se dejaría en manos del demandado el decidir en qué momento manifiesta su voluntad de oponerse o no, incluso si no efectuaba manifestación alguna, las actuaciones se podrían mantener indefinidamente pendientes, sin que los árbitros pudieran ordenar su conclusión.

En caso de que el demandado no se haya pronunciado en el plazo concedido o haya expresado que no se opone al desistimiento del proceso, los árbitros dictarán resolución ordenando la terminación de las actuaciones y el archivo del expediente.

Cabe precisar que, según la doctrina, para el caso del desistimiento de la pretensión, no se requiere de la conformidad del adversario (no es necesario el acuerdo por parte del demandado). Ello, habida cuenta de que cuando el demandante desiste de las pretensiones, está renunciando a un derecho material, sobre el cual tiene libre disposición.

En relación al punto (ii) de los requisitos de procedencia del desistimiento del proceso arbitral, cabe señalar que en caso el demandado se

oponga al mismo, el Tribunal Arbitral deberá decidir si tiene o no al demandante por desistido.

En efecto, en dicho escenario el Tribunal Arbitral tiene dos caminos; a saber:

- Tener por desistido al demandante, en tanto el demandado no ha acreditado un interés legítimo en obtener una solución definitiva de la controversia.

- Tener por no desistido al demandante, por entender que el demandado tiene un interés legítimo en obtener un resultado definitivo de la controversia. Aquí el Tribunal deberá continuar con el desarrollo del proceso.

Sobre este punto, hay que recordar que el desistimiento del proceso no afecta la eficacia del convenio arbitral, por lo que el demandante podría válidamente demandar de nuevo (por las mismas pretensiones), en tanto no haya caducado su derecho. Incluso, si por alguna razón, el convenio arbitral fuera ineficaz, el demandante podría —esta vez, en la vía ordinaria— demandar por dichas pretensiones.

Teniendo en cuenta dichas premisas, el demandando podría argumentar el porqué se opone al desistimiento del proceso, a efectos de que el Tribunal tenga por no desistido al demandante.

(Autores: Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya
Estudio Mario Castillo Freyre/Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo II, pp. 75-84; Yáñez Velasco, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, pp. 564-573; Segoviano Astaburuaga, María Luisa. «Terminación de las actuaciones». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, pp. 617-621.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Laudo. Procedimiento arbitral.

Deslocalización del arbitraje internacional

La expresión «deslocalización del arbitraje internacional» hace referencia a la concepción de algunas jurisdicciones, o de algunos autores, según la cual el arbitraje internacional no estaría «localizado» en el orden jurídico de su sede. El principio básico subyacente de esta doctrina es que el árbitro no tiene foro.

Las implicaciones son diversas y más o menos extensas según los derechos nacionales.

La noción de «deslocalización» implica primero que la sede del arbitraje no tiene incidencia sobre las normas aplicables al fondo del arbitraje. El arbitraje no está sujeto a las normas sustanciales o de conflicto de leyes del país del lugar del arbitraje. Esta posición, muy común en derecho comparado del arbitraje, es aplicable en España.

La noción de «deslocalización» se aplica también a las normas aplicables al procedimiento arbitral. Una cuestión clásica es saber si el procedimiento arbitral está regido por la ley del lugar del arbitraje (principio de territorialidad) o por la ley elegida por las partes (principio de autonomía). La mayoría de las leyes recientes de arbitraje, incluida la ley española, han adoptado el principio de territorialidad, siguiendo el artículo 1(2) de la Ley Modelo UNCITRAL. El artículo primero de la Ley Española de Arbitraje prevé que «se aplicará a los arbitrajes cuyo lugar se halle dentro del territorio español».

En cambio, el Derecho francés ha optado por el principio de autonomía y da a las partes la libertad de elegir el Derecho o las normas aplicables al procedimiento arbitral. En ausencia de elección por la partes, el árbitro determina el procedimiento «de forma directa o por remisión a una legislación o a un reglamente de arbitraje» (artículo 1494 del Código de Procedimiento Civil). Por lo tanto, el Derecho francés no es automáticamente aplicable a los arbitrajes con sede en Francia. El único límite

a esta libertad de las partes o del árbitro es el respeto del orden público internacional francés, puesto que su violación implicaría la negación del *exequatur* o la anulación del laudo.

La «deslocalización» del arbitraje implica también que el laudo arbitral internacional no se considere como integrado en el orden jurídico del lugar del arbitraje. Es esta concepción la que ha conducido algunas jurisdicciones a admitir la ejecución de un laudo anulado por los tribunales del país en el que fueron dictados. Los tribunales franceses han sido los primeros en adoptar esta solución en destacadas decisiones (*Norsolor* en 1984 e *Hilmarton* en 1994; más recientemente, *Putrabali* en 2007, según la cual el laudo internacional «es una decisión de justicia internacional» y «no está relacionado con ningún orden jurídico estatal»).

En España, la jurisprudencia no ha tenido ocasión todavía de tomar esta posición. Sólo cabe señalar que un laudo dictado en Francia ha conseguido el *exequatur* en España a pesar del recurso en anulación pendiente delante de los tribunales franceses (Auto del Juez de 1.ª Instancia de Rubí de 11 de junio de 2007).

Los autores (esencialmente franceses) que defienden la «deslocalización» del arbitraje sostienen que no existe ninguna razón *a priori* que imponga que el Derecho de un país rija y controle los laudos internacionales dictados sobre su suelo. Un laudo es un acto privado que emana de jueces privados y resuelve un litigio generalmente entre personas privadas. No afecta los intereses del país de la sede, salvo ejecución en este mismo país.

Para estos autores, la sumisión (generalmente admitida) del arbitraje internacional al Derecho de la sede no tiene legitimidad alguna. Es una concepción territorialista que no corresponde al espíritu del arbitraje internacional.

En la concepción autonomista, el laudo dictado en materia internacional es un laudo propiamente internacional (y no un laudo doméstico o

extranjero —español, francés, o inglés—), jurídicamente y geográficamente «deslocalizado» respecto a la sede del arbitraje.

La *lex arbitri*, entendida como ley del país de la sede, tendría que limitarse a desempeñar un papel de auxilio judicial, de aplicación residual. Sólo el Derecho del lugar de ejecución del laudo tiene una verdadera legitimidad para ejercer un control sobre el laudo internacional.

La consecuencia última de la «deslocalización» del arbitraje es la supresión del recurso de anulación del laudo delante de los tribunales de la sede para conservar solamente el control operado por el juez del *exequatur* en el país donde la ejecución del laudo es llevada a cabo. Pocos países han ido tan lejos (Suiza, Bélgica y Suecia) y lo han hecho en condiciones muy limitadas, cuando el arbitraje no implica a ningún nacional (artículo 192 de la Ley de Derecho Internacional Privado suizo de 18 de diciembre 1987; artículo 1717(4) del Código Judicial belga y artículo 51 de la Ley Sueca de Arbitraje del 4 de marzo 1999).

(Autora: Anne-Carole Cremades. Schellenberg Wittmer. Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. Gaillard, Emmanuel. *Teoría jurídica del arbitraje internacional*. CEDEP, p. 39. Fernández Rozas, J.C. «El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización». *Revista Española de Derecho Internacional*, 2005, p. 605. Racine, Jean-Baptiste. «Réflexions sur l'autonomie de l'arbitrage commercial international». *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 305.

VOCABLOS CONEXOS. Sede del arbitraje. Lugar del arbitraje. Derecho aplicable al arbitraje. Ejecución de laudo nulo.

Directivas del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa

Estas directivas son una guía que trata de reflejar una serie de tendencias en materia de protección de inversiones, identificadas en estudios de

instrumentos legales ya existentes. También se basan en las políticas respaldadas por el propio Banco Mundial, que los distintos países pueden ir adoptando. No pretenden codificar el Derecho Internacional vigente relativo a inversiones extranjeras. Las directivas fueron preparadas por un Comité de Juristas de diversas instituciones del Banco Mundial y son un intento más de regular, a nivel internacional, el Derecho de las Inversiones Extranjeras, junto con las *OECD Guidelines on Multinational Enterprises* y el *Draft UN Code of Conduct on Transnational Corporations*. Las directivas se ocupan del tratamiento que deben dar a la inversión los países receptores, sin que contenga preceptos sobre el comportamiento de los propios inversores hacia esos países (Muchlinski).

La Directiva II establece como principio general el de la admisión de las inversiones extranjeras, aunque los Estados conservarían la capacidad de regular dicha admisión, e incluso de denegarla por motivos de seguridad nacional o porque un sector esté reservado a los nacionales. El resto de condiciones de inversión aplicables a los nacionales en materias como orden público, cuidado del medioambiente o salud pública se aplicarán también a las inversiones extranjeras.

La Directiva III refleja la elección de los estándares de trato habituales en los APPRIs. Se recomienda el trato justo y equitativo, trato equivalente al nacional, no discriminación, libre transferencia de fondos e indemnización por pérdidas debidas a conflictos armados. Se recomienda la rápida concesión de licencias y permisos, la autorización de trabajadores extranjeros y la reinversión de beneficios, el control de prácticas corruptas, la transparencia en el trato con los inversores y evitar la competencia entre países receptores de inversiones, especialmente en el área de las exenciones fiscales.

En la Directiva IV se trata la cuestión de las expropiaciones, renegociación unilateral y resolución de acuerdos de inversión. Se opta por la postura habitual en los APPRIs: las expropiaciones se consideran legítimas con tal de que se hagan de acuerdo al procedimiento legalmente

establecido, de buena fe y para un fin público, sin discriminación por razón de nacionalidad y con el pago de una indemnización apropiada (*appropriate compensation*), es decir, adecuada, efectiva y expedita (*adequate*, *effective*, *prompt*). La indemnización adecuada está basada en el valor justo de mercado (*fair market value*) de lo expropiado, inmediatamente antes del momento en que ocurrió la expropiación o en que se hizo pública la decisión de expropiar. Este valor también se determinará por referencia a un método acordado entre el inversor extranjero y el Estado receptor o, a falta de acuerdo, por el Estado, de acuerdo con criterios razonables relativos al valor justo de mercado: método del *discounted cash flow*, valor de liquidación, valor de sustitución o valor contable. La indemnización será efectiva si se paga en la moneda del inversor, si sigue siendo convertible, en otra moneda designada como utilizable por el Fondo Monetario Internacional o en cualquier otra moneda aceptada por el inversor. La indemnización será expedita si se paga sin retrasos, en circunstancias normales.

La indemnización puede ser reducida o denegada si la expropiación se produce por incumplimiento del inversor de la legislación interna y tal incumplimiento se determina por un órgano judicial. En caso de grandes reformas en el contexto de conflicto armado o revolución, la indemnización puede ser determinada mediante negociaciones entre el Estado receptor de la inversión y el del inversor o mediante arbitraje internacional.

Estos criterios relativos a la indemnización también se aplicarán a casos de resoluciones de acuerdos de inversión, cuando el Estado actúa como soberano. Si el Estado actúa por motivos comerciales, la indemnización se determinará conforme al Derecho aplicable al acuerdo de inversión.

La Directiva V establece que las controversias entre inversores extranjeros y los Estados receptores se dirimirán mediante negociaciones y, si éstas fracasan, mediante el recurso a órganos judiciales

nacionales u otros métodos consensuados como la conciliación o el arbitraje. Se recomienda someterse a arbitraje conforme al Convenio CIADI.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investmen*t, http://ita.law.uvic.ca/documents/WorldBank.pdf. Muchlinski, P.T. *Multinational enterprises and the Law.* Blackwell: Malden-Oxford-Carlton, 1999.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRIs). Arbitraje de inversiones. Convenio CIADI. Expropiación. Medidas equivalentes a la expropiación. Trato justo y equitativo.

Discovery arbitral

El *discovery* arbitral es una institución probatoria autónoma, dirigida exclusivamente a la obtención y aportación al procedimiento arbitral de pruebas documentales específicas y relevantes, que ni estén en posesión del solicitante, ni puedan obtenerse de adverso, si no es con la ayuda del tribunal arbitral o, en su defecto, con la obtención del auxilio judicial pertinente, por estar custodiadas por terceros ajenos al procedimiento arbitral.

El *discovery* arbitral se caracteriza por sus cinco principios sustantivos: autonomía, disponibilidad, especificidad, supervisión y causalidad.

La naturaleza dispositiva del procedimiento arbitral fundamenta el principio de autonomía del *discovery* arbitral. Con la finalidad de atenerse a la voluntad responsable de las partes, en toda solicitud el árbitro debe comprobar la concurrencia de alguna de estas cinco posibilidades, descartando —en su caso— las que procedan: (i) si existe un sometimiento de las partes a una legislación arbitral concreta para su práctica; (ii) si las partes se han sometido a un reglamento institucional concreto

para su práctica; (iii) si las partes han acordado expresamente un procedimiento incidental específico en supuestos de *discovery* arbitral; (iv) si las partes han excluido la aplicación del *discovery* arbitral; o (v) si las partes no han dispuesto nada al respecto.

Siempre que nos encontremos ante materias probatorias no imperativas, el principio de disponibilidad autoriza a las partes a concebir y diseñar la tramitación del incidente de *discovery* arbitral, de forma responsable y adaptada a las necesidades de la controversia a determinar en vía arbitral.

El principio de especificidad articula el objeto del *discovery* arbitral. El árbitro debe comprobar la concurrencia en la solicitud de, al menos, los siguientes tres factores relevantes sobre la documentación pretendida: (i) su identificación, precisando razonablemente el documento interesado, su eventual localización y su contenido; (ii) su relevancia para la determinación de la controversia; y (iii) su disponibilidad y las circunstancias que eventualmente impidan su obtención a la parte solicitante.

El principio de supervisión alcanza la procedencia y la legalidad del *discovery* arbitral. Una competencia exclusiva del árbitro, como expresión del respeto a la tutela arbitral efectiva y, dentro de ésta, al reconocimiento del Derecho probatorio en el procedimiento arbitral. Aflora así la íntima relación existente entre el principio de supervisión y el poder de documentación del árbitro, ya que, una vez instada la solicitud de *discovery* arbitral, el árbitro debe examinar la legalidad y pertinencia de su contenido y de su alcance, autorizando la práctica de aquellas solicitudes admisibles, en cuanto cumplan con estos requisitos sustantivos y se formulen de conformidad con los principios procedimentales aplicables.

El principio de causalidad implica que la parte solicitante deba acreditar razonablemente ante el árbitro competente una adecuada relación entre el documento específico cuya exhibición solicite de una parte litigiosa y

su importancia probatoria para demostrar una cuestión sustantiva concreta en el curso del procedimiento arbitral.

(Autor: Gonzalo Stampa. Madrid).

REREFENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Baker, S.A. y D.D. Mark *The Uncitral arbitration rules in practice: The experience of the Iran-United States Claims Tribunal*. Deventer, The Netherlands; Boston: Kluwer Law and Taxation Publishers, 1992. Caron, D. «The Nature of the Iran-United States Claims Tribunal and the Evolving Structure of International Dispute Resolution», en 84 (1990) *American Journal of International Law*, n.º 104. Cogan, B.M. y D.A. Sifre. «United States Federal Courts: No Longer Available to Compel Discovery in Connection with Non-United States Arbitrations», en n.º 10, 1999. *American Review of International Arbitration*, n.º 19. Fellas, J. «Using Section 1782 in International Arbitration», en n.º 22 (2) (2007). *Mealey's International Arbitration Report* n.º 1. Ferrand, F. «The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France», en Torcker, N. y V. Varano. *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective*. Quaderni Cesifin. Turin: Giapichelli Editori, 2005, pp. 27 y ss. Franzetti, E. «US Judicial Discovery in Private International Arbitration: Outlook Remains Uncertain», en n.º 1, 2009. *Miami Arbitration Reports* n.º 5. Giovannini, T. y A. Mourre. *Dossier VI Written Evidence and Discovery in International Arbitration*. París: International Chamber of Commerce Publications, n.º 698, 2009. Hafter, P. «The Provisions on the Discovery of Internal Documents in the IBA Rules of 1999». En Aksen, G., K.H. Böckstiegel, M.J. Mustill, P.M. Patocchi y A.M. Whitesell (Editores). *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution: Liber amicorum in Honour of Robert Briner*. París: International Chamber of Commerce Publications, n.º 693, 2005, pp. 347-363. Hamilton, V. «Document Production in ICC Arbitration». En *AA.VV. Document Production in International Arbitration. ICC International Court of Arbitration Bulletin,* 2006, Special Supplement. París: International Chamber of Commerce Publications, n.º 676, 2006; Hannoitau, B. «Document Production in International Arbitration: A Tentative Definition of Best Practices». En *AA.VV. Document Production in International Arbitration. ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2006, Special Supplement. París: International Chamber of Commerce Publications, n.º 676, 2006; Lehner, G.A. «The Discovery Process in International Arbitration», en 16 (2001) *Mealey's Internacional Report* 39; Martínez Fraga, P.J. *International Commercial Arbitration: United States Doctrinal Developments and American Style Discovery.* Pamplona: Thomson-Aranzadi Internacional, 2008; Morgan, E. «Discovery», en n.º 10, 1999. *European Journal of International Law*, pp. 583-603. Morgan, W.G.O. «Discovery in Arbitration», en n.º 3 (3), 1986. *Journal of International Arbitration* n.º 9. Rau, A.S. «Evidence and Discovery in American

Arbitration: The Problem of 'Third Parties'», en 2009, *American Review of International Arbitration. University of Texas Law, Public Law Research Paper n.º 146*. Rivkin, D.W. «International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration», en XXIV *ICCA Yearbook of Commercial Arbitration* n.º 408. Rutledge, P. «Discovery, judicial assistance and Arbitration: A new tool for cases involving US Entities?», en n.º 25, 2008, *Journal of International Arbitration* n.º 171. Schreuer, C.H., L. Malintoppi, A. Reinisch y A. Sinclair. *The ICSID Convention: A commentary.* Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 2.ª Ed. Schwartz, E.A. y R.B. Johnson. «Court-Assisted Discovery in Aid of International Commercial Arbitrations: Two Recent US Cases Regarding the applicability of 28 U.S.C 1782», en n.º 15 (3), 1998, *Journal of International Arbitration* n.º 53. Van Hof, J.J. *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules. The application by the Iran-U.S. Claims Tribunal.* The Hague: Kluwer Law and Taxation Publishers/T.M.C. Asser Instituut, 1991. *AA.VV. Document Production in International Arbitration. ICC International Court of Arbitration Bulletin*, 2006, *Special Supplement*. París: International Chamber of Commerce Publications, n.º 676, 2006.

VOCABLOS CONEXOS: Procedimiento arbitral. Prueba. Reglamento arbitral. Asistencia judicial.

Discovery arbitral de documentos electrónicos

Informado por los mismos principios sustantivos del *discovery* arbitral, el *discovery* arbitral de documentos electrónicos es una institución probatoria autónoma, dirigida exclusivamente a la obtención y aportación al procedimiento arbitral de pruebas documentales específicas y relevantes, que (i) no estén en posesión del solicitante, (ii) no puedan obtenerse de adverso, si no es con la ayuda del tribunal arbitral o, en su defecto, con la obtención del auxilio judicial pertinente, por estar custodiadas por terceros ajenos al procedimiento arbitral y (iii) estén almacenadas en soporte electrónico.

Bajo la denominación «*Protocol for e-disclosure in arbitration*» e influenciado por el concepto británico del deber de información de las partes —*disclosure*— en octubre del 2008, el Centro Internacional para Arbitraje y Mediación de *The Chartered Institute of Arbitrators* (en

lo sucesivo, CIARB) articuló un protocolo de actuación en aquellos supuestos procedimentales en donde el deber de información de las partes o el poder de documentación de los árbitros recaigan en documentos litigiosos almacenados en soporte informático o electrónico (en lo sucesivo, el Protocolo CIARB). Es decir, el *discovery* arbitral electrónico. Articulado en catorce (14) principios sobre identificación temprana, articulación de la solicitud, requisitos para la estimación de la solicitud, criterios de conservación y duración de la prueba electrónica relevante, la forma de aportación al procedimiento y la determinación de los costes para las partes, el Protocolo Ciarb instrumenta fundamentos basados en la aplicación de los mismos principios de proporcionalidad, especificidad y causalidad exigidos para la concesión del *discovery* arbitral sobre documentos convencionales, complementados por la razonabilidad exigida en la gestión de documentación electrónica. Así, las únicas particularidades se refieren al momento de su solicitud, a su deber de conservación por las partes y a los formatos de aportación al procedimiento arbitral; especificidades dirigidas a evitar la causación de costes innecesarios a las partes litigantes.

(Autor: Gonzalo Stampa. Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Procedimiento arbitral. Prueba. Reglamento arbitral. Asistencia judicial.

Disponibilidad (para ser árbitro)

Desde octubre del 2009, la Cámara de Comercio Internacional ha añadido una segunda parte al formulario de declaración de independencia. En esta parte se le pide al árbitro que informe del número de asuntos —arbitrales o no— en los que está implicado en ese momento, ya sea como árbitro o letrado de parte. El objetivo de esta innovación, acogida con reticencias por los abogados más destacados en arbitraje, es acortar los plazos de los procesos arbitrales. Si un candidato a árbitro está im-

plicado en muchos otros asuntos no puede dedicar a cada uno el tiempo necesario, produciéndose demoras. Antes de esta reforma hubo casos en que realizada la vista final para dictar laudo, éste tardó más de un año en dictarse.

(Autor: Jordi Sallarés. Profesor de Derecho Internacional de la U. de Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Abstención de los árbitros. Árbitro. Deber de declaración (de los árbitros), Colegio arbitral. Designación de los árbitros. Disponibilidad para ser árbitro. Imparcialidad del árbitro. Independencia del Árbitro. Neutralidad del árbitro. Recusación de los árbitros. Responsabilidad de los árbitros. Tribunal arbitral.

Disponibilidad del objeto

1. Concepto e introducción general

El concepto de disponibilidad hace referencia a todo aquello sobre lo que la persona puede disponer libremente. En el ámbito jurídico las partes podrán disponer de aquellas materias y derechos que no estén excluidos de su ámbito de decisión por razón de su regulación especial de obligado cumplimiento o por motivos de orden público o perjuicio a terceros.

En el contexto de la materia arbitral, pueden ser susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho. Tres ideas fundamentales se desprenden de esta generalidad: a) que el objeto sea disponible por las partes, b) la libertad de éstas a disponer del mismo, y c) los límites que puedan venir impuestos por razones de política jurídica y/u orden público.

La arbitrabilidad de una controversia podrá coincidir en términos generales (cada legislación podrá tener sus excepciones concretas además de las que puedan resultar coincidentes a nivel general, especialmente

en materia de orden público) con la disponibilidad de su objeto por las partes.

Las diferentes legislaciones existentes y aplicables a esta materia, podrán establecer criterios generalistas de arbitrabilidad y elencos de materias inarbitrables o no susceptibles de arbitraje, pero en general se consagra el principio de libre disposición, si bien de orden restrictivo. En términos generales, no podrán ser objeto de arbitraje materias de orden público, familia, personalidad, filiación, estado civil, bienes «extra *comercium*», etc.

2. Normativa aplicable a la disponibilidad del objeto y orden público

En España, la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Arbitraje y su artículo 2, consagra el apuntado principio de libre disponibilidad. Es cierto también que nuestra norma no establece un elenco de materias arbitrables e inarbitrables puesto que se parte de la base de que la arbitrabilidad de una controversia coincide con la disponibilidad de su objeto para las partes; por tanto, en principio, son cuestiones arbitrables las cuestiones disponibles. Aun así, se prevé que por razones de política jurídica haya cuestiones que puedan ser disponibles para las partes y respecto de las cuales haya que limitar o excluir su carácter arbitrable. En este sentido, al margen de la Ley de Arbitraje habrá que excluir del ámbito de la regulación general de la Ley de Arbitraje las posibles exclusiones de arbitrabilidad y remitirnos a las disposiciones específicas de otros textos legales.

En referencia a la normativa interna de aplicación en España, ya nos apunta el prestigioso jurista Elías Campo en su artículo doctrinal *«El arbitraje en las sociedades mercantiles»,* RJC 1998 (2), que en nuestro sistema se acotan los temas y relaciones jurídicas arbitrables por referencia al concepto de que las partes puedan disponer válidamente de ellas. La libre disposición de la materia constituye el presupuesto de la posibilidad del arbitraje.

En la obra *«Tratado de Derecho Arbitral»,* José F. Merino Merchán y José María Chillón Medina, Ed. Thomson-Cívitas, se establece igualmente que los límites, hoy, de las materias no susceptibles de convenio arbitral no pueden identificarse, sin más, con las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción; y que tampoco es razonable establecer un elenco de materias insusceptibles de ser objeto del convenio arbitral, como sucedía en normativas anteriores, ya que algunas de ellas, con la clara y decidida apuesta que se hace desde las administraciones en favor del arbitraje, se han incorporado con plena normalidad en ámbitos hasta ahora impenetrables para él (urbanismo, tributario, administraciones públicas…). Así pues, el límite más clarificador en esta materia seguirá siendo el que establece el orden público.

También resultaría de utilidad para conceptuar la disponibilidad del objeto, establecer unos criterios de arbitrabilidad o de materias que pueden ser objeto de arbitraje; en la obra *«Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje»*, J. Garberí Llobregat (Director), Ed. Bosch, se sugiere establecer un criterio *histórico* (materias que tradicionalmente no han sido de libre disposición para las partes), y donde podrían tener cabida las limitaciones históricas en materia de capacitación, filiación, matrimonio y menores; *un criterio de orden semántico* que obliga a que la libre disposición se ha de disponer sobre todos los derechos de la materia objeto de la controversia; un criterio que actúe en el momento en que una de las dos partes es una *administración pública.*

Por tanto y partiendo de la base de que la Ley en España ha obviado establecer un elenco de materias arbitrables y no arbitrables (por no ser disponibles), tal y como establece la propia Ley habremos de remitirnos a las legislaciones subsidiarias o específicas en cada materia: mercantil y societaria, de consumidores, de transportes, de derechos personalísimos, propiedad industrial e intelectual, ley de marcas, de deportes, arrendamientos… y establecer así los límites de su posible arbitrabilidad.

A nivel internacional, nada dice la Ley de referencia, la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, de 1985, respecto al elenco de materias presuntamente no disponibles, para que las partes puedan someterlas o dirimirlas en arbitraje, puesto que lejos de establecer dicho elenco (lo que nos lleva a la consulta individualizada de cada normativa interna para establecer los límites a esa disponibilidad), se limita a consagrar una vez más la libertad de las partes para someter sus controversias a arbitraje (por tanto, en la línea de la legislación española redactada al amparo de la propia Ley Modelo y que consagra el principio de libre disponibilidad de las partes). Así pues, la remisión tácita a cada legislación interna en materia de indisponibilidad, parece clara.

En el punto en que parece haber unanimidad y uniformidad de criterios entre todos los autores, es en torno al límite establecido por el orden público.

El límite viene establecido por el orden público que establecerá las normas internas de cada país, y que lo protegerán, así como el posible perjuicio a intereses de terceros; aun así, recordemos una vez más, que esa posible vulneración o perjuicio quedaría salvada con el mecanismo de anulación del laudo previsto en cada normativa, y en la propia Ley Modelo, que establece motivos de nulidad del laudo a instancia de parte (en el caso de indefensión de las partes o de vicios en la composición del Tribunal Arbitral) y de oficio (en los casos en que la controversia no sea susceptible de arbitraje o que el laudo sea contrario al orden público). Lo cierto es que el orden público es un límite infranqueable para el convenio arbitral, y para el propio laudo que puede ser anulado por la posible vulneración del mismo.

En esta línea se sugieren criterios de materias integrantes del orden público (al igual que anteriormente lo hacíamos con materias susceptibles de arbitrabilidad) en la obra *«Tratado de Derecho Arbitral»,* José F. Merino Merchán y José María Chillón Medina, Ed. Thomson-Cívitas, y, por tanto, excluidas de arbitraje: 1) en un primer grupo; las normas

constitucionales, las que definen el *status* de la persona (estado, capacidad, nacionalidad…), los actos y bienes de dominio público, las restricciones a la libertad, la relación estatutaria-funcionarial, los Tratados de la Unión Europea y sus reglamentos, el Derecho Penal, 2) en un segundo grupo todas aquellas materias en las que intervenga el Ministerio Fiscal y 3) en un tercer grupo todas aquellas materias relativas a los principios, valores y derechos fundamentales que resultan inderogables ante la autonomía de la voluntad.

Sin embargo, en relación a los límites establecidos por el orden público y a la tendencia actual a arbitrar sobre materias en «principio indisponibles», ya nos apunta el prestigioso jurista Elías Campo en su artículo doctrinal *«El arbitraje en las sociedades mercantiles»,* RJC 1998 (2), que el orden público, el *ius cogens* y los intereses de terceros no impiden el arbitraje en asuntos societarios, sólo imponen al árbitro que los respete en el laudo.

3. Comentarios y conclusiones

En nuestra opinión, resulta complicado delimitar los conceptos de arbitrabilidad/disponibilidad y no arbitrabilidad/indisponibilidad, por cuanto ambos contienen elementos comunes que llevan a la confusión o solapamiento.

La definición del concepto que aquí se acompaña se ha intentado realizar aunando todos los conceptos integradores de la materia; respecto al convenio arbitral o pacto de arbitraje (que también podríamos considerarlo conexo por los límites de su contenido) nada hemos hecho constar, pues como tal, aparecerá definido individualmente en el vocablo *objeto*, por considerarlo así, el verdadero objeto de procedimiento arbitral.

Por el contrario, las ideas de libre disponibilidad, arbitrabilidad y susceptibilidad de la materia, de significado amplio y conectadas entre sí,

pero demasiado generalistas tomadas individualmente, sí debíamos intentar definirlas al menos con propuestas de criterios de ordenación recogidas de diversos artículos doctrinales, y puestas en relación con los límites del orden público, pues todo ello, conforma el concepto (aunque difuso) de la *disponibilidad del objeto,* en todas las normativas aplicables de arbitraje, sea cual sea su ámbito de aplicación.

(Autor: Pedro Yúfera/Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley de Arbitraje n.º 60/2003, Ley Orgánica del Poder Judicial Española. Ley de Enjuiciamiento Civil Española. Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL. Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Normativas deontológicas aplicables a nivel autonómico, estatal y europeo. Códigos de Conducta y de Buenas Prácticas de la *International Bar Association*. Tribunal Arbitral de Barcelona. Código FINRA y Club Español del Arbitraje.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Garberí Llobregat (Director). *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje.* Barcelona: Ed. Bosch. Merino Merchán y Chillón Medina. *«Tratado de Derecho Arbitral».* Madrid: Ed. Thomson-Cívitas. González Montes, José F. (Coord.). *Estudios sobre el Arbitraje, los temas clave.* Ed. La Ley. Campo Villegas *«El arbitraje en las sociedades mercantiles». RJC*, 1998 (2).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitrabilidad. Arbitrabilidades condicionadas. Convenio arbitral. Inarbitrabilidad de la controversia. Ineficacia del convenio arbitral. Orden público.

Dispute Boards

Un *Dispute Board* (DB) es un órgano formado por una o más personas nombradas por las partes signatarias de un contrato y que ayuda informalmente a éstas a resolver las desavenencias o controversias que vayan surgiendo durante la ejecución de dicho contrato. Otros nombres que ha recibido esta figura son: *Dispute Settlement Panel*, *Dispute Mediation*

Board, *Dispute Avoidance Panel* o *Dispute Conciliation Panel*. Los DBs cumplen con su función mediante periódicas visitas al lugar de ejecución del contrato y audiencias con las partes o sólo entre los miembros del DB.

Los DBs son muy utilizados en los contratos de construcción y de ingeniería. La popularidad de los DBs ha aumentado en parte por la constatación de que el arbitraje se ha convertido en un procedimiento largo y costoso de resolución de controversias y porque en la industria de la construcción e ingeniería es frecuente que surjan múltiples desavenencias durante la ejecución del contrato, que necesitan de un grupo de expertos que estén en relación con el proyecto desde el principio.

Con anterioridad a la utilización de los DBs, era frecuente que las controversias que fueran surgiendo durante la ejecución de un contrato de construcción, entre el dueño de la obra y el contratista encargado de su ejecución se resolvieran por el «ingeniero», una figura contratada por el dueño de la obra y que actuaba como su agente en determinadas tareas, pero que debía actuar con imparcialidad en la resolución de las mencionadas controversias.

Los DBs se constituyen conforme a lo previsto en el contrato o conforme a lo previsto en un reglamento, si éste se ha incorporado al contrato por referencia. En 1957, la *Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils* (FIDIC) publicó unas condiciones generales de contratación conocidas como el «libro rojo», cuya versión actual se publicó en 1999 y que contienen el procedimiento de actuación de los DBs, escogiendo la modalidad de *Dispute Adjudication Board*, es decir, con capacidad para emitir decisiones vinculantes, a no ser que se sometan posteriormente a arbitraje. La CCI también ha publicado en 2004 un reglamento que posibilita la elección entre varios tipos de DBs.

Se pueden distinguir tres tipos de DBs. Los *Dispute Review Boards* (DRB) emiten *recomendaciones* sobre la controversia planteada. En caso

de que ninguna de las partes exprese su desacuerdo con dicha recomendación dentro de un plazo preestablecido, se entiende que las partes se comprometen contractualmente a acatar la recomendación. Si alguna parte muestra su disconformidad con la recomendación dentro del plazo preestablecido, puede someter la controversia a arbitraje, si existe convenio arbitral que abarque dicha controversia, o a un órgano jurisdiccional ordinario competente, en caso contrario. Mientras decide el tribunal arbitral o el órgano jurisdiccional, las partes no están obligadas a cumplir con la recomendación.

Los *Dispute Adjudication Boards* (DAB) emiten *decisiones* respecto a las controversias que se le planteen, que deben ser cumplidas por las partes. Si una de las partes expresa su desacuerdo con la decisión, puede someter la controversia a arbitraje, si existe convenio arbitral, o a la jurisdicción ordinaria, en caso contrario. Las partes se obligan contractualmente a obedecer la decisión emitida, en tanto no se emita una decisión en sentido contrario por el tribunal arbitral u órgano jurisdiccional. Si ninguna de las partes expresa su desacuerdo con la decisión, las partes están obligadas contractualmente a cumplir la decisión.

Los *Combined Dispute Boards* (CDB) son órganos ideados por la CCI que pueden emitir recomendaciones, pero también decisiones, si una parte lo solicita y ninguna parte se opone a ello. Si una parte se opone a la emisión de una decisión, el CDB emitirá una recomendación o una decisión, teniendo en cuenta los siguientes factores (artículo 6 del Reglamento de la CCI): si una decisión facilita la ejecución del contrato o impedir un daño o un perjuicio importante para cualquiera de las partes; si una decisión impide la interrupción del contrato; y si una decisión es necesaria para conservar los elementos de prueba.

Si una parte incumple una recomendación frente a la que no expresó su desacuerdo, o si incumple una decisión, supone un incumplimiento contractual que se puede también hacer valer en un arbitraje o en un procedimiento ordinario.

Conforme al reglamento CCI y al libro rojo, los DBs estarán compuestos de uno o tres miembros que están vinculados a las partes mediante contratos de prestación de servicios que cada uno debe suscribir. Si el número no es fijado por las partes, será de tres miembros, dos de ellos nombrados de común acuerdo por las partes y el tercero (el presidente) propuesto por los dos ya nombrados. Conforme al Reglamento de la CCI, si no se alcanza acuerdo entre las partes, una de ellas podrá solicitar a la CCI el nombramiento de cualquier miembro del DB. El libro rojo también prevé el nombramiento de una entidad nominadora para estos casos. La CCI también puede decidir sobre una recusación presentada por una parte frente a un miembro del DB. Los miembros del DB deben ser en todo momento independientes de las partes y firmar una declaración al respecto. Los miembros del DB son remunerados durante toda la duración del contrato principal.

Conforme al reglamento de la CCI, el DB tiene, entre otras, las siguientes facultades: determinar los idiomas del procedimiento, requerir a las partes para que aporten cualquier documento, convocar reuniones, visitas al lugar de ejecución del contrato y audiencias, decidir sobre cuestiones relativas al procedimiento, interrogar a las partes y a cualquier testigo, emitir decisiones o recomendaciones.

En cuanto al procedimiento, el Reglamento de la CCI expone que una de las partes debe presentar a la otra y al DB una exposición escrita y detallada de la desavenencia que existe y la otra parte deberá contestar en el plazo de 30 días desde su recepción. A no ser que se acuerde otra cosa, se celebrará una audiencia. La decisión o la recomendación tendrán que emitirse a los 90 días de la recepción por el DB de la exposición de la desavenencia, aunque las partes pueden prorrogar este plazo. Las decisiones y recomendaciones se adoptan por mayoría y, si ésta no se consigue, por el presidente del DB. Se puede pedir a la CCI una revisión de las decisiones o las recomendaciones, en cuanto a la forma.

El libro rojo especifica que, si el procedimiento ante un DB es seguido de un arbitraje, los árbitros estarán autorizados para revisar todo el procedimiento seguido ante el DB y las partes no tendrán por qué seguir los mismos argumentos que ya expusieron ante el DB.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar. Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Cámara de Comercio Internacional. *¿Qué son los Dispute Boards?,* http://www.iccwbo.org/court/dispute_boards/id4527/index.html. *Dispute Resolution Board Foundation* (web), http://www.drb.org/index.htm. *Dispute Board Federation* (web), http://www.dbfederation.org. Cairns, D.J.A. e I. Madalena. *El Reglamento de la ICC relativo a los «Dispute Boards»,* http://www.bcremades.com/archivos/david/dispute_boards_spanish.pdf. Rodríguez Fernández, M. *Resolución de disputas en el contrato internacional de construcción: la labor del* engineer *y de los* dispute boards. *Revist@ e-Mercatoria,* 2006, vol. 5, n.º. 6, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1491006.

VOCABLOS CONEXOS: Cámara de Comercio Internacional. Conciliación. Mediación.

Dualismo (ver «Sistema monista *versus* sistema dualista»)

Dúplica

En todo proceso se suelen diferenciar tres fases distintas: alegaciones, prueba y decisión. En esta primera fase de alegaciones las partes llevan al proceso todo el material de hecho y de derecho que van a utilizar para fundar sus pretensiones.

Para dar cumplimiento al principio de audiencia y contradicción es suficiente con que en todo proceso se confiera a ambas partes, de forma igualitaria, un trámite alegatorio que asegure que éstas puedan ser oídas. Habitualmente esta exigencia se cumple con la formulación de la

demanda y de la contestación, pero también es posible que en el procedimiento se prevean posteriores trámites alegatorios dirigidos a precisar los hechos y fundamentos jurídicos alegados con anterioridad, dándose entonces trámite de réplica y dúplica. La dúplica es, pues, un trámite de alegaciones que se confiere al demandado para que indique aquello que estime pertinente respecto de las alegaciones efectuadas previamente por el actor en la réplica.

La previsión de un segundo trámite alegatorio de réplica y dúplica no es obligatoria. En el arbitraje *ad-hoc*, las partes haciendo uso de su autonomía de la voluntad podrán pactar expresamente esta posibilidad o en defecto de la voluntad de las partes, los árbitros podrán acordar otorgar este trámite a las partes (artículo 19 Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI y artículo 25 Ley Española de Arbitraje). Cuando el arbitraje sea internacional deberá atenderse al reglamento de la institución arbitral que rija el procedimiento arbitral.

(Autora: Dra. Núria Mallandrich Miret. Profesora de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Alegaciones. Réplica.

E

Efecto útil de los tratados

La regla o principio de efecto útil (*ut res magis valeat quam pereat*) de los tratados alude a que los mismos deben ser interpretados de manera tal que se otorgue a éstos la posibilidad de desplegar todos sus efectos. En otras palabras, se debe dar sentido a todos los elementos del tratado, postulando una interpretación sistemática y coherente de los mismos, excluyendo aquellas interpretaciones que conduzcan a resultados ab-

surdos e irracionales. La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, contiene, en su artículo 31, la regla general que debe seguirse en la interpretación de los acuerdos internacionales, sentando los criterios básicos que deben observarse a fin de adoptar una interpretación acorde con el principio del efecto útil.

De este modo, la Convención de Viena establece que los tratados deben ser interpretados «de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin» (artículo 31.1 de la Convención de Viena). De acuerdo a esta regla general, el principio de buena fe (*pacta sunt servanda*) debe informar toda la interpretación de los tratados. Ello implica la presunción de que las partes en el tratado acatarán de buena fe las obligaciones contraídas en el mismo.

Además, los acuerdos internacionales deben interpretarse teniendo en cuenta el *sentido corriente* que deba atribuirse a los términos en el idioma en el cual se encuentra redactado el tratado, en el *contexto* en el cual se adoptaron y conforme al *objeto y fin* de los mismos.

El *contexto* del tratado comprende, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos, los siguientes instrumentos: a) todo acuerdo referido al tratado que se haya adoptado entre las partes con motivo de la celebración del tratado, b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y que haya sido reconocido por las demás partes como formando parte del tratado.

El *objeto y fin del tratado* debe extraerse de la lectura de todo el texto del acuerdo y de la interpretación del *contexto*. Asimismo, debe tenerse en cuenta: a) todo acuerdo posterior entre las partes sobre la interpretación o aplicación del tratado, b) toda práctica seguida con posterioridad en la aplicación del tratado referida a la interpretación del mismo, c) toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable a las relaciones entre las partes en el tratado.

Por su parte, el artículo 32 de la Convención de Viena establece los *medios de interpretación complementarios*, entre los cuales designa los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su celebración como medios auxiliares para confirmar el sentido que se ha dado a los términos en los casos en que la interpretación a la que se ha arribado de acuerdo al artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido, o bien, conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

En el caso de un *tratado concluido en varios idiomas* (supuesto común en materia arbitral), el artículo 33 establece la presunción de idéntico sentido en cada texto auténtico. Si no prevaleciera un texto determinado y la comparación de los textos revelase una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, siempre teniendo en cuenta el objeto y el fin del tratado.

De acuerdo con el principio del efecto útil, por tanto, no se puede adoptar una interpretación del tratado en cuestión que reduzca cláusulas o párrafos enteros del mismo a la redundancia o inutilidad. Los términos del tratado deben ser interpretados de modo tal que se dé sentido a todos de manera equilibrada.

En la práctica internacional, la regla del efecto útil se ha venido aplicando como criterio de interpretación de los acuerdos internacionales en diversos contextos. Varios tribunales internacionales, entre ellos la Corte Internacional de Justicia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han consagrado a través de sus decisiones judiciales el reconocimiento del efecto útil como criterio de interpretación. Entre la abundante jurisprudencia internacional en la materia, puede citarse, como ejemplo, la utilización del principio por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la Corte Interamericana. En efecto, el Tribunal de Justicia afirmó, desde los comienzos de su actuación, la aplicación del criterio del efecto útil teniendo en cuenta la finalidad integradora perseguida

en los tratados constitutivos, tal como puede observarse en sentencias tempranas como *Italia c Alta Autoridad* (20/59) de 15 de julio de 1960. A su vez, la Corte Interamericana en el primer caso llevado ante su jurisdicción, asunto *Godínez Cruz* (1987), estableció que la Convención Interamericana de Derechos Humanos debe interpretarse de manera de darle su pleno sentido y permitir que el régimen de protección de los derechos humanos a cargo de la Comisión y de la Corte adquiera todo «su efecto útil».

En la materia de arbitraje, el principio de efecto útil ha sido aplicado, por lo general, al interpretar los convenios o las cláusulas de arbitraje, los tratados bilaterales de inversión (APPRIs) y los Tratados de Libre Comercio. Diversos tribunales arbitrales han hecho recurso frecuente a la aplicación de la regla, tratando de seleccionar entre todas las interpretaciones posibles, la que consiente alcanzar la finalidad del tratado internacional en su conjunto, generando una interesante práctica al respecto. En cuanto a los acuerdos o cláusulas para someter una controversia al arbitraje, la aplicación del principio del efecto útil se ha traducido en la obligación para los tribunales de conferirle un efecto útil a los pactos arbitrales, a fin de que éstos se reputen eficaces y aplicables a la luz de la evolución del tráfico mercantil. Asimismo, y por lo que se refiere a la interpretación los tratados bilaterales de inversión, en numerosas ocasiones se ha aplicado un criterio concordante con el efecto útil al realizar una interpretación expansiva (conforme a la finalidad perseguida) por el acuerdo y no una interpretación estricta de los términos originarios (éste parece ser el criterio seguido, por ejemplo, por un tribunal arbitral del CIADI en la definición de *inversión* efectuada en el caso *Salini Costruttori e Italstrade contra Marruecos)*. Así también, la regla del *effet util* ha sido utilizada como criterio de interpretación en las controversias arbitrales sometidas a los tribunales de arbitraje *ad-hoc* instituidos en el seno de Mercosur. Dichos tribunales arbitrales han citado de manera constante al principio de efecto útil o de eficacia mínima de las normas contenidas en el Tratado de Asunción, definiendo tal principio como la obligación de 'escoger entre las varias soluciones po-

sibles según los términos del tratado en su contexto, aquélla que mejor sirve a la satisfacción de su objeto y fin' (Laudo del 28 de abril de 1999 del Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* del Mercosur constituido para entender en la Controversia entre la República Argentina y la República Federativa de Brasil sobre «Comunicados n.º 37 del 17 de diciembre de 1997 y n.º 7 del 20 de febrero de 1998 del DECEX de la SECEX: Aplicación de Medidas Restrictivas al Comercio Recíproco»).

(Autora: María Belén Olmos Giupponi. Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la U. Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Aguilar Alvarez, G.y W.M. Reisman (Ed). *The Reasons Requirement in International Investment Arbitration: Critical Case Studies*. Martinus Nijhoff Publishers, 2008. Blackaby, N., D. Lindsey and A. Spinillo. *International Arbitration in Latin America*. The Hague: Kluwer Law International, 2003. Carbonneau, Th.E. «Arguments in Favor of the Triumph of Arbitration». *Cardozo Journal of Conflict Resolution*, 2009, vol. 10, pp. 395-423. CIADI. Caso n.º ARB/00/4, *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. The Kingdom of Morocco* (Laudo sobre Jurisdicción de 23 de julio de 2001), *Journal du Droit International* n.º 196, 2002. Conejero, C., A. Hierro, V. Macchia y C. Soto. *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica*. Legis, 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Casos/Sentencia Caso Godínez Cruz vs. Honduras. Excepciones Preliminares,* Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C n.º 1. Díez de Velasco Vallejo, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2009. Gonzáles de Cossío, F. *Arbitraje de Inversión*. México, D.F.: Porrúa, 2009. McLachlan y Campbell. «The principle of systemic integration and article 31(3)(c) of the Vienna Convention». *International & Comparative Law Quarterly.* Cambridge: Cambridge University Press, 2005, vol. 54, pp. 279-320. Olmos Giupponi, María Belén. «The sources of law in Mercosur», in *The Law of Mercosur* (edited by Marcílio Franca Filho, María Belén Olmos Giupponi y Lucas Lixinski). Londres: Hart Publishing, 2010. Pescatore, P. «Monismo, dualismo y «efecto útil» en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas». *Revista española de Derecho europeo,* 2004, n.º 9, pp. 5-21. Schreuer, Ch. «The Interpretation of ICSID Arbitration Agreements», in *International Law: Theory and Practice*. Wellens, K. (Ed.). Martinus Nijhoff, 1998, pp. 719-735.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional. APPRIs. Arbitraje de inversiones. Buena fe. Competencia sobre la competencia *(kompetenz-kompetenz).* Convenio arbitral. Laudos arbitrales en el MERCOSUR. *Pacta sunt Servanda.*

Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral

Cualidad del laudo arbitral firme consistente en la inmutabilidad de la decisión del árbitro sobre la relación jurídica material respecto de nuevos procesos judiciales o arbitrales que pudieran iniciarse entre los mismos sujetos y sobre el mismo objeto. La eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral, lo mismo que si de una resolución judicial se tratase, impide que vuelva a decidirse sobre lo que ya ha sido resuelto por el árbitro y vincula al tribunal de un proceso —judicial o arbitral— posterior; todo ello con el fin de eludir una duración indefinida de la controversia y de evitar futuros pronunciamientos contradictorios. La eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral se reconoce expresamente en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje española de 2003. Conforme al precepto, el laudo firme produce efectos de cosa juzgada y frente a él sólo cabrá solicitar la revisión conforme a lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil para las sentencias firmes.

Dentro del instituto de la cosa juzgada como efecto consustancial a las resoluciones firmes, se distingue entre cosa juzgada formal y cosa juzgada material. La primera supone la vinculación jurídica del órgano jurisdiccional o arbitral y de las partes a lo dispuesto en cualquier resolución firme dictada dentro del mismo proceso (por ejemplo, resoluciones que acuerdan o deniegan la práctica de alguna prueba o la adopción de medidas cautelares), mientras que la cosa juzgada material extiende sus efectos a los procesos judiciales o arbitrales que, con posterioridad, puedan llegar a promoverse.

El laudo arbitral firme como acto procesal del árbitro que decide el fondo del asunto y que pone fin al procedimiento tiene eficacia de cosa juzgada material en su doble función negativa y positiva. La

función negativa supone la exclusión de todo futuro pronunciamiento judicial o arbitral sobre la misma pretensión y entre las mismas partes con el fin esencial de imposibilitar decisiones contradictorias con la resolución arbitral firme. Por su parte, la función positiva o prejudicial implica la vinculación de los tribunales a la decisión recogida en el laudo si es que ésta se relaciona de algún modo con la que haya de resolverse.

Para que estos efectos positivo y negativo de la cosa juzgada del laudo arbitral puedan operar en futuros procesos ha de concurrir una doble identidad entre los sujetos y el objeto de ambos pleitos; es lo que se denomina límites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada. En relación con los primeros y debido a la especial naturaleza del arbitraje como institución diferente y alternativa a la jurisdicción que cuenta con la voluntariedad como rasgo esencial y característico, la eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral únicamente puede extenderse a quienes hayan sido parte del procedimiento arbitral. La eficacia del laudo arbitral es, siempre, relativa, pues únicamente puede producirse respecto de quienes expresaron su consentimiento de someterse a arbitraje. Si bien con carácter general la cosa juzgada alcanza sólo a quienes fueron parte del proceso que la genera, el ordenamiento prevé que aquélla pueda extenderse también a terceros en determinados supuestos; sirva de ejemplo la sentencia judicial que resuelve sobre la impugnación de los acuerdos societarios y que, conforme al artículo 222.3 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, tiene eficacia frente a todos los socios aunque no hayan litigado. Esta previsión sólo puede ser trasladable al laudo arbitral si todos los socios han acordado someter la impugnación al arbitraje, bien *ad-hoc* bien mediante cláusula arbitral inserta en los estatutos. La cuestión es problemática, en mayor medida, cuando existan terceros con interés legítimo acreditado que no hayan otorgado la cláusula arbitral. A ellos, entiendo, no se extiende el efecto negativo de la cosa juzgada del laudo arbitral, por lo que nada impediría que iniciasen un posterior proceso judicial con el fin de impugnar el acuerdo.

En relación con los límites objetivos de la cosa juzgada y con el fin de determinar el objeto de lo juzgado en la resolución arbitral se ha de atender, esencialmente, a las pretensiones deducidas por las partes —acción y reconvención— y a los hechos jurídicamente relevantes en que se fundamentan las mismas —*causa petendi*—. Si bien el principio de exhaustividad de las alegaciones de las partes no es tan estricto en el ámbito arbitral como en el judicial, de forma que las partes pueden ampliar o modificar sus alegaciones a lo largo del arbitraje, la cosa juzgada del laudo arbitral afectará no sólo a los hechos jurídicos que fueron aportados en el proceso, sino también a aquéllos que, no siendo alegados, hubieran podido serlo.

Con carácter general, las regulaciones arbitrales nacionales reconocen expresamente la eficacia de cosa juzgada del laudo. Algunos ordenamientos lo expresan de forma similar al español; así, el artículo 1476 del Código Procesal Civil francés: «desde el momento en que se dicte, el laudo tendrá fuerza de cosa juzgada respecto de la controversia resuelta»; el artículo 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación n.º 000.120/145 de 4 de septiembre de 1997, de Ecuador: «Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia»; y el artículo 59.2 de la Ley de Arbitraje de Perú (Decreto Legislativo n.º 1071): «El laudo produce efectos de cosa juzgada». Otras legislaciones se refieren a los efectos del laudo a través de una remisión a los de la sentencia judicial; así el artículo 1055 del Código Procesal Civil alemán: «El laudo tiene entre las partes el mismo efecto que una sentencia firme»; y el artículo 824 *bis* del Código de Proceso Civil de Italia —introducido por el Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2006, n.º 40—: «el laudo tendrá los mismos efectos que la sentencia dictada por la autoridad judicial».

(Autora: M.ª Victoria Sánchez Pos. Profesora de Derecho Procesal/ U. de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: De la Oliva, A. *Sobre la cosa juzgada*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1991. De la Oliva, A. *Objeto del proceso y cosa juzgada en el proceso civil*, 2005. Tapia Fernández, I. *El objeto del proceso: alegaciones, sentencia y cosa juzgada*. Madrid: La Ley, 2000. Garberí Llobregat, J. «Comentario al artículo 43». *Comentarios a la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.* Garberí Llobregat, J. (Dir.). Barcelona: Bosch, 2004, tomo I. Barona Vilar, S. «Comentario al artículo 43». *Comentarios a la Ley de Arbitraje.* Barona Vilar, S. (Coord.). Pamplona: Thomson-Cívitas, 2004. Fernández-Ballesteros, M.A. «Comentario al artículo 43». En González Soria (Coord.). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre.* Pamplona: Aranzadi, 2004. Tapia Fernández, I. *La cosa juzgada (Estudio de jurisprudencia civil)*. Madrid: Dykinson, 2010.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo arbitral. Cosa juzgada del laudo arbitral. Cosa Juzgada.

Eficacia ejecutiva del laudo arbitral

Aptitud del laudo arbitral para ser forzosamente realizado en defecto de cumplimiento voluntario de la decisión contenida en el mismo por quien ha sido condenado. La ejecutabilidad atribuida al laudo arbitral garantiza la resolución efectiva del conflicto decidido mediante arbitraje una vez declarado por el árbitro el Derecho sobre el fondo del asunto. Se desarrolla de este modo la función jurisdiccional también en el ámbito arbitral: encomendándose a los árbitros por voluntad de las partes la realización de la función jurisdiccional esencial de juzgar, la eficacia ejecutiva del laudo arbitral posibilita que se haga ejecutar lo juzgado, si bien esta potestad de naturaleza eminentemente coercitiva únicamente puede ser ejercitada por los órganos del Estado.

En el Ordenamiento Jurídico español, la eficacia ejecutiva del laudo arbitral se reconoce en el artículo 44 de la Ley de Arbitraje de 2003, que remite la ejecución forzosa del laudo arbitral a la regulación contenida en los artículos 517 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil para la ejecución de las sentencias judiciales, si bien con algunas particularidades. Conforme a esta regulación, tienen fuerza ejecutiva los laudos arbitrales de derecho o equidad dictados en aplicación de la

Ley de Arbitraje de 2003, ya tenga el arbitraje carácter nacional o internacional, y siempre que su contenido sea condenatorio. Frente a los laudos arbitrales de contenido meramente declarativo o constitutivo no se despacha ejecución, sin perjuicio de las diversas actuaciones que se requieran de los órganos jurisdiccionales para asegurar la eficacia de este tipo de resoluciones arbitrales y que se enmarcan dentro de la denominada ejecución impropia (por ejemplo, la práctica de asientos registrales y su modificación o cancelación).

La eficacia ejecutiva del laudo arbitral es además, según nuestra legislación nacional, directa y definitiva: el laudo es susceptible de ejecutarse forzosamente ante la jurisdicción desde el momento en que es dictado y sin que requiera de ningún requisito especial ni homologación —la exigencia de protocolización desaparece con la Ley de Arbitraje de 2003—. El laudo arbitral es, asimismo, ejecutable, aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación (si bien el ejecutado podrá solicitar la suspensión de la ejecución prestando caución por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran arrogarse de la demora en la ejecución).

En otros ordenamientos, sin embargo, el laudo arbitral no goza de esta eficacia ejecutiva directa. Es el caso de Alemania, que requiere que el laudo haya sido declarado ejecutable por el órgano jurisdiccional estatal tras el examen de las mismas causas de anulación (artículo 1069 del Código Procesal Civil); Italia, que exige el depósito del laudo en el Registro del Tribunal del lugar del arbitraje para que pueda ser forzosamente ejecutado (artículo 825 del Código de Proceso Civil, modificado por el Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2006, n.º 40); y Francia, que supedita la ejecución del laudo a la resolución de *exequatur* dictada por el *Tribunal de Grande Instance* del lugar en que se hubiera emitido, previo depósito de la resolución arbitral por el árbitro o las partes en la Secretaría del Tribunal (artículo 1477 del Código de Proceso Civil).

Ostentan, asimismo, eficacia ejecutiva los laudos arbitrales extranjeros, esto es, los laudos dictados fuera del país en el que se pretende su ejecución. Con carácter general, los ordenamientos jurídicos de los diferentes estados se remiten al Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras. Conforme a la Ley de Arbitraje de 2003, el laudo arbitral extranjero podrá ser ejecutado en España una vez superado el procedimiento de *exequatur* regido por el mencionado Convenio y sustanciado conforme a los artículos 956 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

(Autora: M.ª Victoria Sánchez Pos. Profesora de Derecho Procesal/U. de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Cordón Moreno, F y F. Cordón Moreno, *El Arbitraje de Derecho Privado. Estudio breve de la Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje*. Pamplona: Aranzadi, 2005. Cordón Moreno, F. *Arbitraje y Jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Cuadernos Cívitas. Pamplona: Aranzadi, 2010.

VOCABLOS CONEXOS: Ejecución del laudo. *Exequatur*. Laudo.

Ejecución de laudo

Es el acto de llevar a efecto lo dispuesto por los árbitros en el laudo que resuelve una cuestión, o todo el litigio.

Desde este concepto amplio, distinguimos entre la ejecución voluntaria y la forzosa. Será voluntaria cuando las partes o la parte que debe llevar a efecto lo resuelto por los árbitros en el laudo lo haga de su propia iniciativa. Lo habitual en este caso es hablar no de ejecución, sino de cumplimiento del laudo.

Si no hay cumplimiento voluntario de lo dispuesto en el laudo, entonces hablamos propiamente de ejecución para referirnos a la intervención de

una autoridad —normalmente un juez o tribunal nacional— investidos del poder de obligar a la parte o partes a cumplir con lo dispuesto en el laudo.

El rol de los jueces nacionales en la efectividad y utilidad del arbitraje como medio alternativo de resolución de disputas es clave. Nadie invertirá tiempo y dinero en un arbitraje si cuando se emita el laudo y no hay cumplimiento voluntario, no existe una autoridad con la capacidad de ordenar a la parte condenada a cumplir con dicha condena.

Cuando se trata de un laudo dictado en un procedimiento arbitral nacional, las reglas que rigen su ejecución debemos buscarlas en la ley del país en cuestión.

Cuando se trata de un laudo internacional (extranjero) deberemos acudir a los instrumentos internacionales aplicables: convenios multilaterales y tratados bilaterales que regulan de forma específica esta materia. En el ámbito de la ejecución de laudos arbitrales es clave el Convenio de Nueva York de 1958 sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, cuyo objeto es precisamente facilitar el reconocimiento y la ejecución de laudos extranjeros por parte de los jueces nacionales de los países firmantes del Convenio.

La ejecución del laudo se solicitará en el país donde se pretenda tenga efectos. Dicho país vendrá determinado en cada caso por las circunstancias concretas del litigio: si la condena se refiere a un inmueble, se solicitará la ejecución en el país donde éste se encuentre; si se trata de una condena dineraria, la ejecución se podrá solicitar en cualquier país donde la parte condenada a pagar cuente con activos.

El Convenio de Nueva York establece los requisitos que debe cumplimentar la parte favorecida por un laudo arbitral final con el fin de obtener su reconocimiento y ejecución en el territorio de alguno o varios de los países firmantes del Convenio. El Convenio establece de forma

imperativa la obligación de los jueces y tribunales de los países firmantes de reconocer y hacer cumplir los laudos arbitrales que cumplan los requisitos del Convenio (artículo III).

Al igual que la práctica totalidad de las legislaciones internas de los países, el Convenio de Nueva York distingue entre el proceso de reconocimiento del laudo y el proceso de su ejecución. El reconocimiento es un paso previo a la ejecución y conlleva una suerte de homologación del laudo extranjero (es decir, aquél dictado en un país distinto al que se va a ejecutar) de modo que se convierte en un laudo interno.

El artículo IV del Convenio de Nueva York se refiere a la ejecución del laudo y establece la documentación determinada y concreta que el solicitante de la ejecución debe aportar:

- Copia auténtica del laudo.
- El convenio arbitral original o su copia certificada.
- Traducción de ambos documentos al idioma oficial del país donde se solicita la ejecución.

El artículo V del Convenio establece unas causas tasadas de oposición al reconocimiento y a la ejecución. El Convenio distingue entre causas de oposición que puede alegar la parte contra quien se pide la ejecución y causas de denegación de la ejecución que son apreciables de oficio por el juez o tribunal estatal que tramita la petición de ejecución.

Las causas de oposición alegables de parte son:

- Validez del convenio arbitral: Incapacidad de todas o algunas de las partes del convenio arbitral o invalidez del convenio arbitral en virtud de la ley que le sea de aplicación.

- Defectos de procedimiento que afectan al derecho de defensa de la parte: Defectos en la designación de los árbitros o en la notificación

del procedimiento arbitral o infracción de los derechos de defensa de una de las partes.

- Exceso del mandato de los árbitros: Que los árbitros hayan dictaminado en el laudo sobre cuestiones que exceden el ámbito del convenio arbitral o del objeto de la disputa.

- Falta del proceso debido: Que la constitución del tribunal arbitral o el proceso no se haya ajustado a lo acordado por las partes o, en defecto de tal acuerdo, a lo dispuesto en la ley aplicable en el país del lugar del arbitraje.

- Que el laudo no sea obligatorio todavía o haya sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en el que ha sido dictado o conforma a cuya ley ha sido dictado (es decir, el país del lugar del arbitraje y ante cuyos tribunales la parte afectada por el laudo haya interpuesto una acción de nulidad y haya obtenido una decisión de anulación o una decisión de suspensión del laudo hasta que la petición de nulidad sea resuelta).

Además, el artículo V establece unas causas de rechazo de ejecución que el propio juez nacional puede apreciar de oficio:

- Falta de arbitrabilidad: Que el objeto de la disputa no sea arbitrable conforme a la ley aplicable a la disputa.

- Que la ejecución resulte contraria al orden público del país en que se ejecuta.

(Autora: Elisabeth de Nadal. Socia de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Gaillard E., y D. Di Pietro *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards. The New York Convention Practice*. Cameron May, 2008. Joseph, D. *Jurisdiction and arbitration agreements and their enforcement.* Thomson-Sweet & Maxwell, 2005.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio de Nueva York. Ejecución del laudo nulo. *Exequatur*. Laudo. Arbitrabilidad. Orden público.

Ejecución de laudo nulo

En el ámbito jurídico, la nulidad implica inexistencia. En este sentido, un laudo nulo sería una decisión arbitral sin efectos jurídicos, sin valor y, por lo tanto, inejecutable. Para que un laudo sea nulo se hace necesario que el laudo sea declarado como tal.

En principio, no es totalmente inaceptable para los pareceres el hecho de que, en el arbitraje internacional, la nulidad debería ser dictaminada por la justicia del Estado bajo cuya ley se rige un procedimiento arbitral (sede o lugar del arbitraje). Sin embargo, aun cuando un laudo ha sido declarado nulo bajo la ley del Estado sede, en la jurisprudencia comparada y en la doctrina es perceptible una tendencia a permitir su ejecución. El tema es polémico.

Pues, por un lado, el artículo V.1 del Convenio de Nueva York señala que «sólo se podrá denegar» el reconocimiento y la ejecución de un laudo, 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:

> e) Que el laudo no es aún obligatorio para las partes o ha sido anulado o suspendido por una autoridad competente del país en que, o conforme a cuya Ley, ha sido dictada ese laudo.

Pero, por otro lado, el artículo VII contempla la posibilidad de invocar y aplicar la ley más favorable a la ejecución del laudo, dado que señala que la Convención no privará a ninguna de las partes litigiosas de un procedimiento arbitral a intentar hacer valer un laudo arbitral:

> […]
> en la forma y medida admitidas por la legislación o los tratados del país donde dicha sentencia se invoque.

Al respecto, Fernando Mantilla-Serrano señala que con el fin de facilitar el reconocimiento y ejecución de laudos, la Convención de Nueva York de 1958 asumió tres principios rectores: En primer lugar, el de *presunción de validez y ejecutoriedad del laudo arbitral*, ya que el artículo III de la Convención obliga a los Estados parte, como cuestión de principio, a reconocer y ejecutar los laudos arbitrales cubiertos por la Convención. En segundo lugar, el Convenio de Nueva York estableció el *principio de excepcionalidad*, mediante el cual sólo excepcionalmente podría negarse el reconocimiento o ejecución. Pues, el uso de la forma potestativa demuestra que, ni siquiera en presencia de los casos previstos en el artículo V de la Convención, el juez del Estado al que se requiere la ejecución está obligado a rechazar el reconocimiento y ejecución del laudo. Y, en tercer lugar, consagró el *principio de favorabilidad* (artículo VII), mediante el cual se permite obviar la aplicación de la Convención cuando exista una norma jurídica más favorable al reconocimiento y ejecución del laudo.

Para un sector, la deslocalización del laudo permite a cada Estado aceptar o no soberanamente la validez y ejecutabilidad de un laudo arbitral en su territorio, pudiendo no tener en consideración la nulidad que pudo haber sido decretada por la justicia del Estado sede. Para otro sector, la ejecución de un laudo que ha sido declarado nulo por la jurisdicción de un tercer Estado viene a ser un exceso de soberanía que provoca un clima de inseguridad jurídica internacionalizado que deja sin razón de ser la elección de la sede por las partes (y la ley aplicable) porque, al final, sede y ley que rige el procedimiento serían conceptos jurídicos sin contenido alguno.

En el escenario jurisprudencial, es la jurisprudencia francesa la que se erige como la impulsora de la figura del reconocimiento y ejecutabilidad de un laudo anulado en el Estado sede en el arbitraje internacional. El paradigma de la ejecución de laudos anulados lo hallamos en el *Asunto Hilmarton*, si bien ya con anterioridad los tribunales franceses habían anticipado la posibilidad de que un laudo anulado por la justicia

del Estado sede podría ser ejecutado en Francia si esta ley fuera más favorable a la ejecución (*Asunto Norsolor*, 1984).

En el *Asunto Hilmarton*, la justicia francesa homologó y permitió la ejecución de un laudo arbitral que había sido declarado nulo por la justicia suiza, sede del arbitraje. El argumento de la Corte de Casación francesa fue que el Derecho francés permitía la aplicabilidad del artículo VII de la Convención de 1958. Esta situación de ejecutabilidad de laudo nulo ha sido más recientemente subrayada en la jurisprudencia francesa acaecida sobre el *Asunto Putrubali* (2007).

Asimismo, existen precedentes de la situación que se expone en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América *(Asunto Chromalloy)*, Bélgica *(Asunto Sonatrach)* y de Eslovenia *(Asunto Radenska)*.

La justificación de la figura de la ejecución del laudo anulado guarda estrecha conexión con la idea de la deslocalización de los laudos arbitrales, en el sentido de que éstos no están insertos en el ordenamiento legal de ningún Estado. Este parecer presenta severas críticas doctrinales y oposiciones jurisprudenciales. Así, la Corte de Apelaciones de Columbia señala que un laudo anulado no existe, aunque, no obstante, dejó ver que la declaración de nulidad hecha por la justicia de un Estado podría desconocerse por la justicia de terceros Estados si es que tal pronunciamiento fuere contrario a la decencia y la moral *(Caso Termorio II)*.

Por otro lado, una cuestión muy conexa a este término es el de la renuncia a los recursos o acciones contra el laudo, con lo cual se estaría bloqueando la posibilidad de atacar la validez del laudo y, consecuentemente, evitando la posibilidad de que la justicia estatal pueda pronunciarse sobre su nulidad (para una mayor amplitud de este tema conexo, véase el término «renuncia a las posibilidades de impugnación del laudo arbitral»).

En todo caso, hemos de tener presente que cuando hablamos de ejecución de un laudo nulo, entendemos por este al laudo que fue anulado por el Estado de la sede, por lo que es más apropiado hablar de «ejecución de laudo anulado», ya que los efectos de nulidad se despliegan en el Estado que lo considera así, es decir dentro de su territorio, y no en terceros Estados que podrían homologar y permitir la ejecución de dicho laudo.

(Autor: Jorge Luis Collantes González. Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Rivera. «Ejecución de laudo nulo». En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*. Lima: Palestra Editores, 2008, vol. III, pp. 2001 y ss. Zuleta Jaramillo. «El reconocimiento y ejecución internacional de laudos anulados». En *De Acuerdo*, 2002, n.º 7. Mantilla Serrano. «Algunos apuntes sobre la ejecución de los laudos anulados y la Convención de Nueva York». *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, n.º 15.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio de Nueva York de 1958. Ejecución del laudo. Deslocalización del arbitraje internacional.

Emplazamiento

El emplazamiento es un acto procesal que surge tras la presentación de una demanda arbitral y que consisten en la notificación al demandado de dicha demanda y a su vez la fijación de un plazo para que éste conteste a la misma o en su caso reconvenga. De este modo, el emplazado tiene la carga procesal de atender a dicho emplazamiento con las armas en Derecho que las leyes y reglamentos le proporcionan.

Las partes tienen que tener derecho a ser oídas, de ahí que todo procedimiento arbitral requiere de normas sobre los actos de comunicación, en especial las citaciones y emplazamientos adoptando las máximas garantías para que lleguen a conocimiento de la parte.

En función del tipo de arbitraje en el que nos encontremos, ya sea arbitraje *ad-hoc*, arbitraje institucionalizado o arbitraje cuya ley aplicable es la ley nacional que será la ley del procedimiento, el emplazamiento se confeccionará de una manera diferente. No obstante, como punto de encuentro, todos ellos deben atender a la seguridad jurídica manteniendo las dos pautas establecidas anteriormente y que son que la notificación se haga de modo legal y fehaciente y que se establezca un plazo de contestación que salvaguarde el principio de contradicción.

La Ley de Arbitraje española establece una regla específica que asume lo mencionado anteriormente al señalar que «las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes».

La infracción de los principios esenciales de igualdad, audiencia y contradicción llevarían a la anulación del laudo, al amparo del artículo 41.1.b) de la Ley de Arbitraje, que establece que el laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe 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».

Evidentemente, ello no quiere decir que todo procedimiento arbitral en que ha sido imposible emplazar a una de las partes sea nulo, dado que puede ocurrir que el árbitro o la institución arbitral intenten enviar una comunicación o notificación, la parte no la reciba y ello no vulnere los derechos descritos, sobre todo cuando es imputable la no notificación o comunicación a una postura dolosa de una de las partes.

Efectivamente, los reglamentos y legislaciones más avanzados lo tienen así previsto.

Un ejemplo de ello es el artículo 5 de la Ley de Arbitraje española cuando dice que «en el supuesto de que no se descubra, tras una indagación

razonable, el domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección, se considerará recibida —la notificación o comunicación— el día en que haya sido intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario».

Este artículo ya ha sido interpretado por doctrina y jurisprudencia y queda claro que al primar la voluntad de las partes, el domicilio para notificaciones será el que figure en el contrato, por lo tanto, si una de las partes cambia de domicilio debe notificárselo a la otra, a los árbitros y a la institución arbitral. Si no lo hace, la institución arbitral y los árbitros intentarán notificar en aquéllos que consten en los registros públicos y, en caso de no descubrirse, bastará con intentar la entrega en el último domicilio designado.

Realmente no es frecuente, pero debe quedar claro que si una de las partes pretende contaminar el procedimiento arbitral a fin de evitar que el arbitraje llegue a buen puerto, la ley y los reglamentos institucionales tienen prevista una salida airosa que no afecte a la eficacia del arbitraje.

Puede que ésta sea otra ventaja para optar por el arbitraje administrado y no por el arbitraje *ad-hoc*, ya que existen pruebas que demuestran que los arbitrajes realizados bajo los auspicios de las instituciones arbitrales de referencia son vistos por las partes y por los tribunales con mayor respeto y confianza.

(Autor: Javier Iscar de Hoyos. Secretario General de AEADE).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Merino Merchán, José F. y José M.ª Chillón Medina. *«Tratado de Derecho Arbitral»*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2006. Garberí Llobregat, J. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 diciembre, de Arbitraje.* Barcelona: Bosch, 2004. Merino Merchán, José F. *Curso de Derecho arbitral»*. Madrid: Tirant lo Blanch, 2009.

VOCABLOS CONEXOS: Notificación. Plazos.

Estándar mínimo de trato a los extranjeros (ver «Trato justo y equitativo»)

Ética arbitral (ver «Códigos de ética arbitral»)

Examen de testigos

1. Concepto e introducción general

Examinar un testigo es una prueba consistente en tomar declaración oral o escrita de las personas que saben y conocen algún hecho o circunstancia objeto de controversia entre las partes procesales y cuya veracidad se pretende averiguar.

El vocablo testigo ya indicará por sí mismo la definición estricta de esta figura, que puede ser o no interviniente en el proceso arbitral, ya que su intervención, su designación, es a cargo de las partes y su posible limitación corresponderá al árbitro o Tribunal Arbitral.

La prueba testifical es un medio más de prueba, previsto en las legislaciones nacionales de cada país o en las legislaciones y/o normas arbitrales aplicables a nivel internacional.

Lo importante es, pues, delimitar que su intervención, su aportación al proceso, puede venir dada mediante su examen oral (preguntas y declaración oral) o mediante su examen escrito (preguntas y declaración escrita).

2. Normas aplicables de orden interno y Derecho comparado

En España y desde un punto de vista estrictamente procesal, la norma de referencia es la ley de enjuiciamiento civil que establece los plazos

para la proposición, citación, práctica y tacha de los testigos, por entender que concurren las causas que pueden impedir su práctica.

En materia arbitral, la vigente Ley de Arbitraje española no establece en esta materia criterios especiales, por lo que operan iguales criterios de admisión y práctica que se aplican en la Ley Procesal General.

A nivel de arbitraje internacional priman dos criterios básicos en cuanto a la valoración de la prueba testifical: el libre criterio de decisión del árbitro para admitirla, señalarla y practicarla, y el criterio de la flexibilidad de la normativa aplicable.

Es sabido que el criterio de flexibilidad impera en la mayoría de normativa internacional aplicable, en general, pero especialmente en aquello que se refiere a la admisión, práctica y valoración de la prueba. Por tanto, el examen del testigo, no se escapa a esta tendencia.

El árbitro modulará esa flexibilidad para no dejar de «controlar» esa prueba solicitada por las partes y con la finalidad de que el examen de ese testigo contribuya a esclarecer la controversia creada respecto al objeto del arbitraje, pero la valoración de esa prueba testifical dependerá casi exclusivamente de ese criterio de valoración prácticamente ilimitado del árbitro.

En este régimen de máxima flexibilidad se sitúan la Ley Modelo UNCITRAL, que no establece un régimen de regulación específica para la prueba testifical, más allá del respeto a los principios de igualdad y libre contradicción.

El Reglamento de la CNUDMI/UNCITRAL de 15 de diciembre de 1976, sigue las previsiones de la Ley Modelo, si bien en su artículo 25 regula más detalladamente la prueba testifical. En este caso es destacable la posibilidad que establece el Reglamento, ya apuntada anteriormente, de que el Tribunal Arbitral será libre para decidir la forma en que ha de

interrogarse un testigo y la posibilidad de que éste pueda contestar por escrito.

Igualmente establecen las reglas de la IBA sobre Prácticas de Pruebas de Arbitraje Comercial Internacional, que dentro del plazo fijado por el Tribunal Arbitral, cada parte identificará los testigos en cuyo testimonio se apoye y el objeto de dichos testimonios; además el Tribunal podrá establecer que las partes presenten, dentro de un plazo específico, una declaración por escrito de cada testigo, con un contenido mínimo.

En cuanto al libre criterio de admisibilidad y valoración de que dispone el árbitro respecto a la práctica de la prueba (ya sea testifical o cualquier otra solicitada) ya establece el Reglamento de Arbitraje de la OMPI que el Tribunal está facultado para limitar o rechazar la comparecencia de cualquier testigo, sea éste un testigo presencial o un perito, si lo considera innecesario o no pertinente. El interrogatorio de las partes estará controlado por el Tribunal, y éste podrá formular las preguntas que considere necesarias: igualmente establece el Reglamento que, ya sea a petición de las partes o por decisión del propio Tribunal, el testimonio podrá presentarse por escrito o mediante declaraciones firmadas o juradas.

En esta misma línea, el Reglamento acelerado de la OMPI establece que, ya sea por elección de las partes o por decisión del Tribunal, la prueba testifical podrá realizarse en forma oral o escrita, y en este último caso, el Tribunal podrá supeditar su admisibilidad a la disponibilidad de los testigos para presentar un testimonio oral.

Por último, apuntar que, como no podría ser de otra manera, en el contexto del examen al testigo, operará igualmente el régimen previsto tanto en la Ley Modelo como en todas las normativas vigentes redactadas a su amparo, del mecanismo de la asistencia judicial para la práctica de las pruebas.

2. Comentarios y conclusiones

Para concluir, es importante hacer constar que en el examen de testigos (al igual que en el resto de medios de prueba de que disponen las partes) toda la normativa aplicable consultada coincide en la aplicación del criterio de la flexibilidad y del libre criterio de decisión del árbitro.

Es de suponer que ambos criterios se complementan, pues la flexibilidad siempre es de aconsejable aplicación, porque en ese punto aventaja el procedimiento arbitral al procedimiento judicial, se modula con los amplios criterios decisorios del árbitro, que deberá aplicar las máximas cautelas posibles respecto de su valor probatorio, sobre todo si se trata de testigos propuestos a «instancia de parte».

(Autora: Gemma Mayol. Abogada. Barcelona).

REFERENCIA LEGISLATIVA: Ley de Arbitraje n.º 60/2003, Ley Orgánica del Poder Judicial Española. Ley de Enjuiciamiento Civil Española. Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL, la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Normativas deontológicas aplicables a nivel autonómico, estatal y europeo. Reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional. Reglamento de Arbitraje de la OMPI. Reglamento acelerado de la OMPI.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Garberí Llobregat, J. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Barcelona: Ed. Bosch. Gómez Jené. *El Arbitraje Internacional en la Ley de Arbitraje de 2003.* Madrid: Ed. Colex.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Asistencia judicial para la práctica de pruebas. Audiencias. Buena fe. Defensa y contradicción. Flexibilidad. Igualdad de las partes. Indagación razonable. Indefensión. Mala fe. Prueba.

Excepciones preliminares

Pueden definirse como las excepciones efectuadas por una de las partes a resultas del contenido de la solicitud de arbitraje, con la finalidad de evitar que se dicte un laudo que resuelva, la cuestión objeto de controversia, en cuanto al fondo.

La expresión más típica de la excepción preliminar, la constituye el planteamiento de la correspondiente declinatoria, en virtud de la cual, y con carácter general, la parte demandada alegará la ausencia de convenio arbitral o la falta de competencia del árbitro, e intentará que la controversia se sustancie por otros trámites, por lo general, ante los Juzgados y Tribunales.

Estas excepciones preliminares, también pueden hacer referencia al planteamiento de la litispendencia arbitral entendida como la pendencia de otro procedimiento arbitral entre las mismas partes y con el mismo objeto, y con un carácter totalmente diferente a si nos encontramos ante la existencia de un procedimiento judicial ya iniciado, de forma que no cabría alegar esa declinatoria, toda vez que conforme a las reglas de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París (CCI) en el laudo arbitral dictado en el asunto n.º 5103/1988, no puede existir litispendencia entre un procedimiento arbitral y otro judicial.

Otra de las expresiones típicas de las excepciones preliminares, se centra en atacar la validez del convenio arbitral por entender que media causa de nulidad o caducidad en el mismo o, por el contrario, también se pueden alegar las excepciones de prescripción y caducidad de la acción con el fin de que por parte del tribunal arbitral se dicte un laudo que ponga fin al procedimiento sin entrar a conocer la cuestión de fondo.

La resolución arbitral por la que se estime o se desestime la correspondiente excepción, dará lugar al dictado de un laudo parcial, en muchos casos inhibitorio, que podrá ser objeto de impugnación a través de la

correspondiente acción de anulación que, en ningún caso, tendrá efecto suspensivo y permitirá a cualquiera de las partes reproducir las cuestiones en otro procedimiento.

(Autor: Vicente Roldán. Abogado Socio de Antonia Magdaleno Abogados).

VOCABLOS CONEXOS: Declinatoria. Litispendencia. Laudo inhibitorio.

Exequatur

Procedimiento de reconocimiento de un título ejecutivo extranjero.

Mediante dicho procedimiento, los tribunales o autoridades de un Estado o territorio, a petición de parte interesada, proceden a reconocer una sentencia u otro título judicial o extrajudicial expedido en otro Estado, permitiendo así, en su caso, la ejecución de dicho título extranjero en el Estado requerido.

En tal contexto deben ser tenidas en cuenta las disposiciones establecidas en los convenios internacionales bilaterales y multilaterales, así como en la normativa comunitaria, nacional y regional relevante.

En el ámbito de la Unión Europea se halla en funcionamiento un sistema que podría denominarse de «*exequatur* simplificado» en materia civil y mercantil, a través del Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, más conocido como «Bruselas I», sustitutivo del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968. En base al mencionado Reglamento, un título ejecutivo judicial o extrajudicial procedente de un Estado Miembro debe ser reconocido en los demás Estados Miembros sin que se requiera procedimiento alguno, en base al principio de confianza mutua, si bien se establece, asimismo, la posibilidad de formular recurso contra la decisión de otorgamiento de

la ejecución del título ejecutivo extranjero dictada por el tribunal requerido, en caso de existir algún motivo de no reconocimiento de entre los expresamente señalados por el propio Reglamento.

Siempre en materia civil y mercantil dentro del ámbito de la Unión Europea, existe, asimismo, en determinados supuestos, la posibilidad de optar por un sistema de «supresión del *exequatur*» gracias al Reglamento (CE) n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, en virtud del cual, en ciertos casos de créditos no controvertidos, si se han cumplido determinadas condiciones procesales y de notificación en el litigio principal, el título procedente de un Estado Miembro debe ser reconocido y ejecutado en los demás Estados Miembros sin que se requiera declaración alguna de ejecutividad y sin posibilidad de impugnar su reconocimiento, procediéndose, pues, a su ejecución en el Estado requerido como si de un título nacional se tratara.

En los asuntos vinculados a determinados Estados geográficamente ubicados en el continente europeo, pero no miembros de la Unión Europea o a los que no les resulten aplicables las normas comunitarias de referencia, son especialmente relevantes los Convenios de Lugano de 16 de septiembre de 1988 y 30 de octubre de 2007.

En cuanto a los temas de familia y, concretamente, al reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras dictadas en materia matrimonial y de responsabilidad parental, en el marco de la Unión Europea procede remitirse entre otros al Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, comúnmente llamado «Bruselas II *bis*», sustitutivo del Reglamento (CE) n.º 1347/2000, más conocido como «Bruselas II».

Las antes citadas normativas de reconocimiento y ejecución de títulos ejecutivos extranjeros recaen sobre sentencias, autos y otras resoluciones

judiciales, así como sobre transacciones judiciales y títulos ejecutivos extrajudiciales, estos últimos habitualmente consistentes en documentos públicos tales como escrituras de reconocimiento de deuda —en el caso de Alemania a menudo garantizadas mediante cláusula de hipoteca abstracta («*Grundschuld*»)—.

Cuando el título extranjero cuyo reconocimiento y, en su caso, ejecución se desea solicitar, consiste en un laudo o sentencia arbitral (*arbitration award*), lo cual se halla excluido del ámbito de aplicación de las reglamentaciones anteriormente reseñadas, la norma internacional de referencia es el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York el 10 de junio de 1958, en vigor para España desde el 10 de agosto de 1977.

En virtud del citado convenio internacional —que goza de un notablemente elevado número de países firmantes en todo el mundo—, los Estados contratantes deben reconocer los acuerdos escritos de sumisión a arbitraje alcanzados por las partes, así como reconocer y ejecutar los laudos dictados por árbitros o instituciones arbitrales en otro Estado contratante.

En caso de haberse presentado, tal como marca el convenio, los originales o copias auténticas del acuerdo de sumisión a arbitraje y del laudo extranjero, así como, en su caso, las correspondientes traducciones juradas, el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero solamente pueden ser denegados si concurre alguna de las causas especificadas en el propio convenio, tales como la existencia de alguna incapacidad de las partes en el momento de acordar la sumisión a arbitraje; la invalidez de dicho acuerdo; la existencia de indefensión, en el procedimiento arbitral, de la parte contra la cual el laudo sea invocado; la extralimitación del laudo con respecto al ámbito cubierto por el acuerdo de sumisión —en cuyo caso procederá eventualmente un reconocimiento y ejecución parcial—; la falta de ajuste entre la constitución del tribunal arbitral o el procedimiento arbitral y aquello acordado a tal efecto por

las partes o establecido por la ley; la todavía no obligatoriedad, la anulación o la suspensión del laudo; la imposibilidad de sumisión a arbitraje, según la ley del Estado en el cual el laudo es invocado, del objeto del conflicto; o el carácter contrario al orden público de un eventual reconocimiento o ejecución de dicho laudo en el Estado requerido.

Numerosas leyes nacionales en materia arbitral, tales como, en el caso de España, la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, se remiten también al citado Convenio de Nueva York de 1958.

En materia de reconocimiento y ejecución se han ido celebrando numerosos convenios bilaterales y multilaterales, algunos de los cuales referidos tanto a los títulos judiciales como a los procedentes del ámbito arbitral, como en el caso del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil entre España y México, hecho en Madrid el 17 de abril de 1989.

Con respecto al procedimiento de reconocimiento y ejecución conviene, asimismo, tener en cuenta las cuestiones relativas al encaje jurídico-práctico de la normativa comunitaria e internacional en el sistema procesal o procedimental al que se halle sujeta la autoridad ante la que se solicite el reconocimiento y ejecución del título ejecutivo extranjero.

(Autora: Blanca Padrós Amat. Abogada - Barcelona).

Exhibición de hechos

Es una etapa preliminar del procedimiento arbitral consistente en la obtención de información para la preparación de la vista. A través de la exhibición de los hechos (o *discovery*) se puede obtener tanto información escrita (*document production, interrogatories* y *depositions in written statements*) como información verbal (*depositions*).

La etapa de *discovery* es propia del procedimiento judicial en los Estados Unidos de América y, por tanto, se aplica al procedimiento arbitral en los arbitrajes domésticos de ese país, pero también es posible y frecuente su aplicación en arbitrajes internacionales (no sólo si alguna de las partes o alguno de los árbitros es estadounidense).

A través del *discovery*, el tribunal arbitral tiene la potestad de determinar la admisibilidad, la materialización y el alcance de las pruebas. El tribunal arbitral puede ordenar la exhibición probatoria (bien de oficio o bien a instancia de parte) en cualquier momento del proceso. Las *Reglas de la IBA (International Bar Association) sobre la Práctica de la Prueba* reconocen la potestad del tribunal arbitral de ordenar la exhibición de documentos y, aunque estas reglas sólo se aplican en caso de que las partes las adopten, en la práctica constituyen las líneas básicas de actuación de los árbitros en arbitrajes internacionales.

El *discovery* es objeto de críticas por los enormes costes que genera a la parte que ha de realizar la exhibición probatoria exigida y por los importantes retrasos que se producen en el procedimiento arbitral. Por ello los árbitros tienden a aplicar el *discovery* con carácter restrictivo. En todo caso, las partes tienen la posibilidad de definir y limitar su alcance mediante una apropiada redacción de la cláusula de arbitraje.

(Autor: Calvin Hamilton/Hamilton abogados/Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Forstadt, Joseph L. «Discovery in Arbitration». *ADR & THE LAW*, 2006, 20.ª Ed. Gómez-Palacio, Ignacio. «Arbitraje Comercial Internacional: dos culturas en estado de noviazgo y posible matrimonio de conveniencia», 2006. *Jurídica: Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, n.º 36, pp. 71-88. Sachs, Klaus y Torsten Lörcher. *Part II - Commentary on the German Arbitration Law (10th Book of the German Code of Civil Procedure), Chapter V-Conduct of the Arbitral Proceeding, § 1047 - Oral Hearings and written Proceedings*». En Karl-Heinz Böckstiegel, Stefan Michael Kröll , *et al.* (Editores). *Arbitration in Germany: The Model Law in Practice*. The Hague: Kluwer Law International, 2007, pp. 318-328. Tao, Jingzhou. «*Document Production in Chinese International Arbitration Proceedings*». En Van den Berg, Albert Jan (Editor).

International Arbitration 2006: Back to Basics? ICCA Congress Series. Montreal, 2006, vol. 13. Kluwer Law International, 2007, pp. 596-621. Mourre, Alexis. «*Arbitration in Space Contracts*». *Arbitration International*, 2004, vol. 20, Issue n.º 4, pp. 37-57.

VOCABLOS CONEXOS: *E-discovery*. Principios del discovery arbitral.

Expropiación Forzosa

Dentro del género de las potestades administrativas, la potestad expropiatoria es el resultado de la habilitación que el ordenamiento jurídico realiza en favor de algunas administraciones públicas para que, en determinadas circunstancias, puedan producir privaciones patrimoniales a los administrados.

La regulación de la expropiación forzosa, por tanto, lo es de la potestad y de los límites o condiciones dentro de los que debe actuar su titular para que su ejercicio sea legítimo.

La regulación expropiatoria moderna tiene sus raíces en el carácter inviolable y sagrado que el artículo 17 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 otorgó a la propiedad privada, de la que su titular sólo puede ser privado cuando exista una necesidad pública legalmente constatada que lo exija de manera evidente y le sea otorgada una justa y previa indemnización.

Sobre esta base conceptual, común en todos los Estados, se desarrolla la regulación de la potestad expropiatoria en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Elemento esencial para poder desarrollar la actividad desorbitante que la potestad expropiatoria conlleva, es la apreciación de una causa de utilidad pública o interés social que la justifique, recibiendo el nombre de causa *expropiandi.*

Como causa *expropiandi* se vienen a reconocer causas de utilidad pública y/o interés social. Se trata, en ambos casos, de conceptos jurídicos indeterminados cuya concreción dependerá de las circunstancias concretas y particulares en las que se desenvuelva el ejercicio de la potestad expropiatoria.

La causa *expropiandi* constituye, como ha quedado señalado, un presupuesto esencial para el ejercicio de la potestad expropiatoria; pero no sólo tiene ese carácter de requisito previo sino que la afectación del bien expropiado a ese fin de utilidad pública o interés social que da soporte a la privación patrimonial *ope expropiatoris* debe mantenerse con posterioridad, ya que, de no respetarse dicha vinculación al fin que ha justificado la expropiación, surgiría el derecho de reversión, esto es, la facultad reconocida a los sujetos expropiados de recuperar el bien objeto de la expropiación en caso de no haberse cumplido la finalidad inicial.

En cuanto a los titulares de la potestad que nos ocupa, expropiantes lo son las Administraciones Públicas, a las que el ordenamiento jurídico legitima, como garantes del interés general, para provocar la privación patrimonial en los administrados, sujetos expropiados.

El expropiante es el titular activo de la potestad expropiatoria, posibilidad de actuación que se reconoce exclusivamente a favor de algunas Administraciones Públicas, en concreto, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, a favor de las Administraciones Públicas territoriales.

Distinta de la posición jurídica del expropiante es la del beneficiario de la expropiación, figura no reconocida en todos los ordenamientos jurídicos, y que se sintetiza en ser el destinatario de los derechos o bienes expropiados; es el sujeto que representa el interés público o social para cuya realización puede instar de la administración expropiante el ejercicio de la potestad expropiatoria y a quien corresponde pagar la indemnización preceptiva.

La otra vertiente subjetiva de la expropiación, esto es, la del expropiado, es el titular de las cosas, derechos o intereses objeto del ataque expropiatorio y que tiene derecho a percibir la indemnización expropiatoria. Se trata de una titularidad *ob rem*, esto es, determinada por su relación con el objeto de la expropiación, quedando subrogado cualquier adquirente de este objeto ulterior a la iniciación del procedimiento expropiatorio.

Por lo que respecta al objeto de la expropiación, el derecho a la propiedad privada, en cuanto derecho real por antonomasia, así como los demás derechos o intereses patrimoniales legítimos, se erigen en el objeto de la potestad expropiatoria, quedando, no obstante excluidos de dicha posibilidad, aquéllos de naturaleza no patrimonial como los derechos de la personalidad y familiares.

Una vez analizados los elementos subjetivos y objetivos de la potestad expropiatoria, debemos recalcar que el ejercicio de esta potestad está condicionado por su sometimiento a un procedimiento formal riguroso, que no tiene sólo el carácter de trámite para asegurar el interés público, sino que se constituye en auténtico derecho y garantía para los sujetos expropiados.

Como denominador común en todos los ordenamientos jurídicos, y dejando al margen los posibles particularismos de cada Estado, el procedimiento expropiatorio se puede sintetizar en cuatro momentos: *a)* autorización de la expropiación, *b)* su aplicación a un bien o derecho concreto, *c)* fijación de la indemnización, y *d)* la consumación por el pago y toma de posesión.

Junto al procedimiento general, la mayor parte de los ordenamientos jurídicos suelen reconocer un procedimiento de urgencia, teniendo siempre carácter excepcional y debiendo ser justificado su carácter urgente por la perentoria necesidad de ocupación de los bienes expropiados, estando en presencia, nuevamente, ante un concepto jurídico indeterminado para cuya determinación deberemos acudir a la jurisprudencia aplicable en cada Estado.

Dentro del procedimiento expropiatorio, tiene especial relevancia la fijación del justiprecio, esto es, la fijación de la cantidad que constituye la indemnización a percibir por el sujeto expropiado.

Para la valoración y determinación del justiprecio se han venido a establecer dos posibilidades: 1º) El acuerdo amigable o mutuo acuerdo, que consiste en la posibilidad de que beneficiario y expropiado lleguen a un acuerdo en la fijación de la indemnización. 2º) El sistema de valoración objetivo, en el que, a falta de acuerdo, se realiza por expropiante y expropiado una valoración de los bienes objeto de la expropiación, encomendándose la decisión última de su determinación a un órgano ajeno a ambos, cuya resolución podrá impugnarse ante los órganos jurisdiccionales correspondientes.

Por encima de la diversidad en los procedimientos expropiatorios, es importante enfatizar que la garantía indemnizatoria del particular frente a la potestad expropiatoria no se reduce, *a priori*, al reconocimiento sin más del derecho a una indemnización, sino que va mucho más allá: dicha garantía exige que la indemnización sea pagada con carácter previo a la ocupación efectiva del bien expropiado; es lo que se denomina principio o regla del previo pago. Ésta es la regla general, debiendo acudir a cada ordenamiento particular para determinar cuáles son las situaciones en que se permite su excepción.

En conclusión, la expropiación forzosa se constituye como una potestad administrativa, por tanto, un acto de Derecho Público sometido a un riguroso procedimiento, que provoca una privación patrimonial en el administrado, justificada por la existencia de una causa *expropiandi* a la que queda vinculada, y debiendo ir acompañada, como elemento esencial, de la indemnización que compense la pérdida patrimonial sufrida.

(Autor: Álvaro González Marín. Abogado).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Sosa Wagner, F. *Expropiación forzosa y expropiaciones urbanísticas.* Pamplona: Aranzadi, 1998. Navarro Pérez, J.L. *Expropiación*

forzosa: comentarios, jurisprudencia y textos positivos complementarios. Granada: Comares, 1991. López-Nieto y Mallo, Francisco. *Manual de Expropiación Forzosa y otros supuestos indemnizatorios*. Madrid: La Ley, 2007.

VOCABLOS CONEXOS: Derechos humanos fundamentales (en el arbitraje). Justiprecio. Medidas equivalentes a la expropiación.

Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral

El convenio arbitral es una cláusula de naturaleza contractual en cuya virtud las partes deciden que las controversias existentes o potenciales, dimanantes de una determinada relación jurídica, sean resueltas por uno o varios árbitros.

En tanto que obligación de naturaleza contractual, los efectos del convenio arbitral se restringen a las partes que han otorgado su consentimiento para quedar vinculados por el mismo, en virtud del principio de relatividad de los contratos. Además, la mayoría de convenios arbitrales están insertos, literalmente o por referencia, en contratos y comparten partes con éste, con lo que las partes vinculadas por el contrato lo son, asimismo, por el convenio arbitral. El consentimiento para quedar sometido al arbitraje es de este modo consustancial a la institución del arbitraje y requisito indispensable.

No obstante, el principio de relatividad de los contratos en el ámbito del arbitraje no debe interpretarse en todo caso de forma estricta, pues ello representaría un límite insalvable a la eficacia del convenio arbitral y de la institución misma del arbitraje en el ámbito comercial contemporáneo, en el que frecuentemente intervienen terceros que no han suscrito expresamente la cláusula arbitral, ya sea del grupo empresarial de una de las partes de la relación jurídica; o terceros que suscribieron contratos conexos o accesorios; o que se subrogan en la posición del firmante, por poner algunos ejemplos habituales.

De este modo, para salvaguardar el arbitraje, los tribunales tienden a interpretar en ocasiones que terceros no firmantes del contrato que contiene el convenio puedan quedar vinculados por el mismo, por derivar el consentimiento de hechos distintos a la firma. La decisión acerca de la extensión o no a terceros debe adoptarse de forma cuidadosa, ponderando, por un lado, el principio de relatividad de los contratos y por el otro el riesgo de dividir la continencia de la causa y obtener sentencias y laudos potencialmente incompatibles en caso de entender que una parte queda vinculada y la otra no, cuando los hechos objeto de la litis son los mismos.

A continuación, describimos sucintamente supuestos frecuentes en el ámbito comercial en los que se plantea la extensión de la eficacia de la cláusula arbitral a terceros no firmantes. Cabe destacar que los tribunales tienden a adoptar decisiones de forma casuística, sin que quepa establecer una solución unitaria.

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 sus derechos y obligaciones. De haber suscrito el subrogado un contrato con convenio arbitral, cabe plantearse si el tercero queda vinculado por la cláusula.

En el ámbito de los seguros se suscita esta cuestión con frecuencia, cuando la 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. Si una vez sufrido el daño, la compañía aseguradora sufraga la indemnización, en virtud de la póliza, y ejercita los derechos y las acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, los tribunales debieran aceptar la validez del convenio arbitral frente al subrogado.

En el marco de sucesión universal por fusión, escisión o cesión global de activos y pasivos, en el que, por lo general, existe una transmisión global de todas las relaciones jurídicas de la entidad escindida o absorbida, la adquirente debería quedar subrogada en dichas relaciones jurídicas.

2. Pluralidad de contratos y de partes

En el ámbito comercial, frecuentemente se suscita la cuestión de si una cláusula arbitral contenida en un contrato que afecta a un tercero que no es parte, pero sí que lo es de otro contrato vinculado en el que además asume obligaciones, vincula a dicho tercero. Por lo general, el tercero asume la posición de garante de las obligaciones de una de las partes del contrato que contiene la cláusula o, en contratos de compraventa de empresas, asume obligaciones como depositante del precio variable de la misma. En el contrato accesorio suelen constar como partes también las del contrato principal.

Las dudas aparecen cuando el contrato en el que se regulan las obligaciones relativas a la garantía o al depósito tiene una cláusula arbitral incompatible, no tiene cláusula arbitral o tiene una cláusula que somete las controversias a la jurisdicción ordinaria.

Conviene tener presente varias circunstancias a la hora de evaluar la extensión a terceros, entre las que destaca la compatibilidad de las cláusulas y la posición concreta y el interés que tiene el tercero no firmante en el pleito. Si el contrato accesorio carece de convenio arbitral, pero también de cláusula de sometimiento a tribunales, la solución más adecuada parecería la extensión, por la accesoriedad y vinculación de los contratos; si, por el contrario, el contrato accesorio contuviera cláusula de sometimiento a tribunales, habría que analizar en detalle el papel del tercero, y sólo en caso en que sus derechos y obligaciones no se vieran afectados de forma sustancial (por ejemplo, el tercero se allana a la demanda), se impondría la extensión.

3. Grupo de empresas

Se ha suscitado, asimismo, si el convenio arbitral contenido en un contrato suscrito por una empresa vincula a las entidades del mismo grupo, 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, ya sea en la negociación o en la ejecución.

La solución pasa por analizar los hechos concretos del caso y, en concreto, si cabe deducir una aceptación tácita del arbitraje por el resto de empresas del grupo que permita aplicarles el convenio, como participación en la negociación o ejecución del contrato o existan evidencias de que las firmantes la representaban de uno u otro modo.

El planteamiento a favor de la extensión debe ser restrictivo, pues en la negociación de contratos de esta naturaleza las partes suelen estar asesoradas y escogen una determinada estructura conscientemente. La extensión de forma genérica comportaría ignorar la voluntad real de las partes.

4. Convenio arbitral incluido en los estatutos sociales

También suscita controversias el alcance de un 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.

La arbitrabilidad de la normativa societaria se ha aceptado, pues su carácter imperativo, en muchas jurisdicciones, no impide su carácter negocial. Conviene plantearse la eficacia del convenio arbitral contenido en los estatutos de una sociedad respecto de los socios que se incorporan al capital de la misma y la conclusión debe ser positiva, pues el consentimiento abarca el convenio. No obstante, para el caso de que haya una modificación de los estatutos sociales en virtud de la que se incorpora un convenio arbitral, puede optarse por una posición maximalista consis-

tente en que el convenio estatutario vincula a todos los socios, también los futuros; que sólo los socios que han dado su consentimiento se vean afectados; o se requiera la unanimidad para su inclusión. La opción más favorable al arbitraje sería la primera, modulando sus efectos otorgando un derecho de separación a los socios disidentes.

(Autor: Víctor Manuel Sánchez Álvarez. Abogado en Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Hanotiau y Bernard. *«Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contract-Parties-Issues. An analysis»*. En *Journal of International Arbitration*, 2001, vol. 18, n.º 2. Artuch Iriberri, E. *El Convenio arbitral en el arbitraje comercial internacional*. Eurolex, 1997. Verdera Server, Rafael. *«El Convenio Arbitral»*. Navarra: Thomson Reuters, 2009. Perales Viscasillas, Pilar. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral. Ley n.º 60/2003 de Arbitraje y Derecho Societario*. Navarra: Aranzadi, 2005; 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.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. *Multiparty and multicontract arbitration*. Subrogación de las partes (en el procedimiento arbitral).

F

Falta de recursos económicos

Una parte de un convenio arbitral puede, a la hora de querer iniciar una acción o defenderse en un arbitraje iniciado por la otra parte, no tener la capacidad económica suficiente para financiar el arbitraje pactado (*i.e.*, pagar los honorarios de los abogados y de los árbitros, o los gastos administrativos en caso de arbitraje institucional).

Esta falta de recursos económicos o *impecuniousity* es distinta de la insolvencia, noción jurídica precisa y objetiva, constatada por una au-

toridad nacional, y que acarrea determinadas consecuencias sobre los arbitrajes pendientes o futuros.

Los reglamentos de arbitraje suelen permitir a una parte adelantar la totalidad de los gastos del arbitraje. Por ejemplo, cuando el demandado no paga su parte de la provisión para gastos, el artículo 30(3) del Reglamento CCI permite al demandante pagar la totalidad de la provisión y seguir con el arbitraje. Sin embargo, las perspectivas para el demandante de poder recuperar los gastos adelantados parecen teóricas si el demandado tiene poco dinero. En estas circunstancias, le puede interesar a la parte sin dificultades financieras ser liberada del convenio arbitral para acudir a los tribunales nacionales, sin que el demandado pueda invocar de manera abusiva la cláusula compromisoria.

La falta de recursos económicos de una parte para participar al arbitraje plantea la cuestión de saber si esta parte (o la otra) puede invocar esta escasez de recursos para ser liberada de su compromiso arbitral e iniciar un procedimiento ante un tribunal estatal.

Esta pregunta pone de relieve una oposición insoluble entre dos principios jurídicos fundamentales: por un lado, la fuerza obligatoria del contrato que es el convenio arbitral o principio *pacta sunt servanda*, y por otro lado, el principio de garantía de acceso a la justicia que tiene toda persona física o jurídica, derecho protegido especialmente por el artículo 6(1) del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Tradicionalmente, una parte no puede invocar la falta de dinero o el «*hardship*» para liberarse de sus obligaciones contractuales. Además, en materia internacional, admitir que la escasez de recursos de una parte le permita acudir a su juez nacional pone a la otra parte en la situación que precisamente pensaba haber evitado al concluir un convenio arbitral.

Sin embargo, hacer prevaler la fuerza obligatoria del convenio arbitral implica privar a la parte carente de recursos de la posibilidad de hacer

valer sus derechos o de defenderse, lo que es contrario al derecho fundamental de acceso a la justicia.

Hay que subrayar que una cláusula compromisoria no es una obligación contractual cualquiera, sino que atañe al derecho fundamental de acceso a la justicia. Por lo tanto, se puede razonablemente considerar que la intención hipotética de las partes, al concluir un convenio arbitral, era prever implícitamente la posibilidad subsidiaria de recurrir a la justicia estatal en caso de no tener los recursos necesarios para ir al arbitraje, y no renunciar definitivamente a sus derechos en caso de no tener los medios económicos suficientes para hacerlos valer en un arbitraje.

Frente a ese dilema, *pacta sunt servanda*, o derecho de acceso a la justicia, ¿cuál de estos dos principios ha prevalecido en derecho comparado?

En España, el problema no se ha planteado en estos términos.

En Alemania, la Corte Federal Suprema considera que cuando una parte no es capaz de financiar un arbitraje, el convenio arbitral es «imposible de ejecutar» en el sentido del artículo 1032 §1 del Código de Procedimiento alemán, y las partes están liberadas *ipso jure* del convenio arbitral.

Esta disposición del Código alemán es idéntica al artículo 8.1 de la Ley Modelo UNCITRAL y al artículo II.3 del Convenio de Nueva York. Ambos artículos prevén que un tribunal, a quien se somete un litigio sobre un asunto que es objeto de un convenio arbitral, deberá remitir a las partes al arbitraje a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho convenio es «nulo, ineficaz o de ejecución imposible». Por lo tanto, esta problemática es susceptible de plantearse en términos idénticos en otros países parte del Convenio de Nueva York o que hayan adoptado la Ley Modelo UNCITRAL.

En Inglaterra, los tribunales ingleses han adoptado una posición opuesta aunque el artículo 9(4) de la Ley Inglesa de Arbitraje de 1996 también prevé, en aplicación del Convenio de Nueva York, que el juez tiene la obligación de remitir las partes al arbitraje salvo si el convenio arbitral «es nulo, ineficaz o de ejecución imposible».

En un caso en el que el demandante estaba en el paro y no tenía los recursos necesarios para iniciar el arbitraje CCI pactado (mientras que ante el juez inglés se hubiera beneficiado de una ayuda jurisdiccional), la Corte de Apelación consideró que la simple falta de recursos económicos de una parte no permitía considerar que el convenio arbitral fuera imposible de ejecutar —como la falta de dinero de un comprador— no hace que el contrato de compraventa sea imposible de ejecutar.

El juez inglés consideró que la imposibilidad de ejecución no se aplicaba a la aptitud de las partes sino al convenio arbitral mismo. Un convenio arbitral es imposible de ejecutar cuando materialmente no se puede ejecutar, aunque las dos partes estén dispuestas a hacerlo. Por ejemplo, si los árbitros nombrados en el convenio arbitral se niegan a ejercer de árbitro o han fallecido, o si la institución de arbitraje elegida en el convenio ya no existe o se niega a nombrar un árbitro. Es una interpretación muy restringida de la ley inglesa, que corresponde a la que da el Profesor Van Den Berg al artículo II.3 del Convenio de Nueva York.

En los Estados Unidos de América, la cuestión de la incidencia sobre el convenio arbitral de la falta de recursos económicos de una parte ha recibido diversas respuestas. Varios tribunales han reenviado a las partes ante otro foro arbitral más cercano o han reducido la participación financiera de la parte *impecunious* a los gastos del arbitraje —respetando así la voluntad de las partes de someter el litigio al arbitraje—.

En otros casos, han considerado que sería injusto y *unconscionable* obligar a esta parte a cumplir con el convenio arbitral y han admitido la in-

troducción de una demanda judicial individual o colectiva (*class action*) en vez del arbitraje pactado.

También han autorizado los *class arbitrations*, aun cuando el convenio arbitral lo prohibía expresamente. Por ejemplo, la corte de apelación del primer circuito consideró, en 2006, en el caso *Kristian c/ Comcast*, en materia de Derecho de la Competencia, que obligar a los demandantes a realizar arbitrajes individuales les impediría en la práctica hacer valer sus derechos derivados de la ley federal *antitrust*, porque tendrían que pagar cientos de miles de dólares para encargar un estudio económico a un perito y quizás millones de dólares de honorarios de abogados. Estos costes prohibitivos superarían las pretensiones de las partes. Respetar la renuncia a toda acción colectiva daría una inmunidad *de facto* al demandado en temas de competencia, lo que no era admisible. Por lo tanto, declaró dicha renuncia inválida y, considerándola separable del resto del convenio arbitral, ordenó la organización de un *class arbitration*.

Sin embargo, las decisiones más recientes de la Corte Suprema parecen hacer prevaler la renuncia de las partes a toda acción colectiva y exigir una base contractual para la organización de un *class arbitration*.

¿Qué otras soluciones se podrían concebir para garantizar el acceso a la justicia a una parte con dificultades financieras, manteniendo la eficacia del convenio arbitral?

Hay soluciones relativamente clásicas: (i) concluir un pacto de *cuota litis* con los abogados, (ii) pedir un préstamo al banco para pagar los gastos de arbitraje y otorgarle una prenda sobre la demanda, o (iii) ceder el derecho litigioso a un tercero.

Existen otras soluciones más innovadoras y eficientes aunque poco desarrolladas por ahora. Por ejemplo, el mecanismo de seguro legal (en regla general, los seguros actuales no cubren el arbitraje). Debido al

carácter aleatorio del contrato de seguro, tendría que ser suscrito antes de que surja el litigio.

Para después del nacimiento del litigio, existe en varios países (especialmente Alemania, Inglaterra y Holanda) el sistema de *third-party funding*: son sociedades de financiación de procedimientos (generalmente filiales de compañías de seguro o de bancos) que asumen el coste y el riesgo del proceso, tanto judicial como arbitral (sobre todo en arbitrajes de inversión). Según el principio *no win, no fee*, el demandante no paga nada aunque pierda, y si gana, la sociedad de financiación se queda con un porcentaje, entre 20% y 50%, de los fondos recaudados.

(Autora: Anne-Carole Cremades. Schellenberg Wittmer. Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. *Financial capacity of the parties, a condition for the validity of arbitration agreements?*, basado en una conferencia organizada en 2002 en Berlín por el *German Institution of Arbitration*. Cremades, A.C. «La falta de recursos económicos para participar al arbitraje pactado». *Spain Arbitration Review*, n.º 8/2010, p. 151. Hendel, C. «Third Party Funding», *Spain Arbitration Review* (publicación pendiente).

VOCABLOS CONEXOS. Convenio arbitral. Costas del procedimiento arbitral. Efecto de la quiebra en el convenio arbitral.

Favor arbitris

También conocido como *favor arbitralis,* a través del cual el ordenamiento jurídico protege al arbitraje contra los recursos legales que para la jurisdicción ordinaria reconoce la tutela judicial efectiva del Estado.

Es la tendencia a proteger la eficacia del arbitraje y, evidentemente, la del laudo, que es el resultado de la actividad procesal realizada en él. Por ello, cuando exista duda sobre los alcances de sus disposiciones, la interpretación que de éstas se realice debe ser siempre «a favor del arbitraje».

Sobre el particular, Álvarez Sánchez señala que el *favor arbitralis* es una necesidad que surge de la propia *rerum naturam* de la institución.

En este sentido, el objetivo de este principio es salvaguardar la voluntad de las partes al optar por la vía arbitral ante una controversia. Así, quienes renunciaron a su jurisdicción, no podrán invocarla cuando consideren que el arbitraje no satisfizo sus intereses, sino en casos muy extremos en los que, por lo general, se ha vulnerado un principio constitucional o normas de orden público que importan al arbitraje.

Ana María Chocrón Giráldez distingue tres manifestaciones de este principio, a saber: (i) favor competencial, (ii) favor jurídico o favor del fallo, y (iii) el favor legal.

(i) El favor competencial (o principio *kompetenz-kompetenz*) es aquel principio por el cual se favorece la competencia de los árbitros. Así queda establecido que, cuando las partes pactaron arbitraje, los árbitros son los únicos que pueden y deben resolver la controversia. En ese sentido, quienes administran justicia en otra jurisdicción (que para todos los efectos es la del Estado), no pueden —bajo ninguna circunstancia— competir con los árbitros en la solución de la controversia ventilada en un proceso arbitral. En otras palabras, bajo el principio *kompetenz-kompetenz* los árbitros pueden decidir sobre su competencia.

La razón de esta incompetencia se basa en el acuerdo de voluntades de las partes que decidieron renunciar a la jurisdicción del Estado y apostaron por el arbitraje para resolver una controversia. Lo que implica tácitamente que no deseaban que los magistrados de la jurisdicción ordinaria resolvieran su pendencia, renunciando a la competencia judicial.

De esta manera, el tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para

resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia.

Se encuentran, también, comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.

(ii) El favor jurídico o favor del fallo se manifiesta en que el control que puede hacerse de la actividad del tribunal arbitral es muy limitado, sin que pueda analizarse la justicia del laudo o el modo más o menos acertado de resolver la cuestión litigiosa en cuanto a la aplicación de la ley material.

En principio, el laudo tiene la característica de ser inapelable (salvo acuerdo distinto de las partes y aunque algunas legislaciones contemplan la posibilidad de apelar un laudo, ya sea en la jurisdicción ordinaria o en una segunda instancia arbitral. En estos casos, las partes tienen la posibilidad de pactar que el laudo sea inapelable). Inapelable. Sin embargo, a través de la figura de la anulación se pueden dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral incorporadas en el laudo.

Sobre el particular, Olivier señala que el ámbito de revisión judicial de un laudo arbitral necesariamente condicionará la utilidad del arbitraje. Si la ley dispone una revisión amplia que comprenda el fondo de la controversia, entonces el arbitraje se convertirá en una simple instancia judicial. En cambio, si la ley no establece revisión judicial alguna, uno válidamente podría considerar que el arbitraje es una suerte de sistema inferior de justicia. En consecuencia, se requiere establecer un justo punto medio que, a la vez, garantice la eficiencia del arbitraje y la justicia de las partes.

Así, el recurso de anulación (entendido como control de la actividad arbitral) tiene como finalidad evitar un posible exceso por parte de los árbitros, por lo que no debe estar dirigido a revisar el fondo de la con-

troversia, en tanto que lo decidido por los árbitros tiene calidad de cosa juzgada.

En efecto, el fundamento propio del recurso de anulación no es el de corregir errores, sino garantizar el derecho constitucional a la tutela judicial. Por ello, las legislaciones establecen que dicho recurso tiene por objeto la revisión de su validez, sin entrar al fondo de la controversia (es aquí donde radica la diferencia central entre el recurso de apelación y el recurso de anulación; mientras que el recurso de apelación sí permite la revisión de los fundamentos de las partes, de la prueba y de la aplicación e interpretación del derecho (es decir, del análisis del fondo de la controversia resuelta en el laudo), el recuso de anulación sólo tiene por objeto la revisión de la validez formal de los laudos).

Ahora bien, para proteger a la institución arbitral y salvaguardar la autonomía de las partes al renunciar a la vía judicial, las causales por las cuales se puede solicitar la anulación del laudo deben ser pocas y taxativas.

De eso se trata la segunda modalidad en que se expresa el *favor arbitris*, al establecer un principio como el del «favor del fallo», a través del cual la ley proteja el fallo de los árbitros, de la única manera que puede hacerlo: garantizando que no exista una revisión sobre el fondo por parte de la jurisdicción ordinaria; salvo algunas causales taxativamente contempladas. Así, el principio de favor del fallo coadyuva a cumplir con la finalidad de proteger la decisión de las partes de solucionar sus conflictos mediante el arbitraje.

(iii) La última de las modalidades a través de las cuales se expresa el *favor arbitris* es la del «favor legal», el mismo que versa sobre una tendencia a inclinar a las partes al arbitraje.

Tradicionalmente, la judicial ha sido la vía utilizada para resolver los conflictos de hecho y de derecho. Pero, sus deficiencias han puesto de

manifiesto que de nada sirve reconocer derechos y acciones si después no se tienen los cauces adecuados para hacerlos valer.

En ese escenario, el Estado quiere que sus ciudadanos puedan acudir al arbitraje, para resolver sus controversias fuera de la jurisdicción misma del Estado, sustrayéndose por un tiempo de las normas jurídicas en general, a fin de aplicar un ordenamiento jurídico en especial. Esto se funda en la lógica de que el que quiere los fines, esto es, la «desjudicialización» de los litigios, también quiere los medios, o sea, toda la estructura legislativa para promover y fortalecer a la institución arbitral.

Nótese que el hecho de favorecer la competencia exclusiva de los árbitros en la controversia litigiosa (favor de competencia de los árbitros), o el laudo mismo (favor del fallo), blindándolo contra las intromisiones del Poder Judicial a través de la limitación de los recursos impugnatorios ante la jurisdicción del Estado, es en sí un favor legal para con el arbitraje.

En síntesis, de lo que se trata con el favor legal es que el ordenamiento jurídico se ponga a disposición del arbitraje y lo favorezca en todas sus etapas, desde la contractual, pasando por la procesal y terminando con el laudo, a fin de que prevalezca la decisión de las partes de escoger el arbitraje como medio de solución de sus conflictos.

(Autores: Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya. Estudio Mario Castillo Freyre/Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Chocrón Giráldez, Ana María. *Los principios procesales del arbitraje*. Madrid: JM. Bosch Editor, 2000, pp. 56-65; Fenech Navarro, M. «El arbitraje en el Derecho español». En: Carreras Llansana, Jorge. *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona: Editorial Bosch, 1962, p. 426; González de Cossio, Francisco. *El procedimiento arbitral.* México, D.F.: Editorial Porrúa, 2008, pp. 225-226; Olivier, Antonie. Citado por Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007, p. 373; Álvarez Sánchez de Movellán, Pedro. *La anulación del laudo arbitral*. Granada: Editorial Comares, 1996, p. 123.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Arbitraje. *Exequatur*.

Fiscalidad (ver «Arbitraje tributario»)

Fuentes del Derecho Arbitral

En líneas generales, se consideran fuentes del Derecho a las distintas formas de creación de normas jurídicas.

Desde esta perspectiva general, las fuentes de una disciplina jurídica pueden estar tanto en los tratados internacionales como en leyes internas —escritas o consuetudinarias—, dependiendo del ordenamiento de que se trate. El arbitraje, o el Derecho Arbitral, no es ajeno a esta afirmación; pues el arbitraje tiene como fuentes a la *ley de los Estados* y al *Derecho Internacional*. Junto a ambas fuentes —internas y de Derecho Internacional— hay que tener presente el ordenamiento comunitario (Europeo, Andino, del MECOSUR, etc; es decir, el nacido de procesos de integración regional), dependiendo del área geográfica de la que hablemos.

Asimismo, tienen cabida en el sistema de fuentes de la disciplina arbitral tanto los principios del arbitraje como los principios generales del Derecho y, además, cabe decir que el arbitraje no es ajeno a tomar en consideración a la jurisprudencia ni a la doctrina.

1. Fuentes del Derecho Internacional

Normalmente, la doctrina asume como fuentes del Derecho Internacional a las enumeradas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. En resumen, los tratados internacionales, costumbre internacional, principios generales del Derecho y la doctrina científica.

1.1. Fuentes de Derecho Internacional Convencional

Las fuentes del arbitraje en el marco del Derecho Internacional obligan a hacer mención a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969, la cual rige la validez, invalidez, vigencia o reservas de los tratados, entre otros aspectos.

Los tratados internacionales en materia arbitral se rigen por esta norma y tales tratados pueden agruparse en dos: los de validez universal y los de validez regional.

Entre los tratados de validez universal pueden citarse a la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjera de Nueva York de 1958 y la Convención de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965.

Asimismo, también en los tratados internacionales podemos encontrar cláusulas arbitrales insertadas, tanto de índole interestatal —por ejemplo, el Protocolo Facultativo de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961 indica que las partes en una controversia «podrán convenir en recurrir a un tribunal de arbitraje en vez de recurrir a la Corte Internacional de Justicia» (artículo II) y en este mismo sentido se estipula un arbitraje en el Protocolo de Firma Facultativa de la Jurisdicción Obligatoria de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (artículo II)— como en el marco de las organizaciones internacionales o acuerdos de sede, dado que en estos acuerdos el arbitraje se configura como un supuesto genuino para la solución de controversias entre la organización y el Estado sede.

1.2. Fuentes de Derecho Internacional Convencional de ámbito regional

La validez de estas fuentes se ciñe a un ámbito geográfico determinado. En Latinoamérica, por ejemplo, forman parte del sistema de fuentes

del arbitraje internacional regional, la Convención Interamericana de Montevideo sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros. Y, en Europa, el Convenio Europeo de Ginebra sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1961.

1.3. Fuentes de Derecho Internacional bilateral

En el ámbito bilateral de las relaciones entre los Estados, parte del sistema de Fuentes del Derecho Arbitral lo encontramos en cláusulas insertas en los distintos tratados internacionales, como por ejemplo, las que aparecen en los tratados de libre comercio, en los convenios de doble imposición, en los APPRIs, etc.

2. Fuentes de Derecho Comunitario

El Derecho Comunitario es aquel sistema legal que nace en un proceso de integración económica regional. El caso paradigmático es el Derecho Comunitario Europeo, pero también está consolidado un Derecho Comunitario del MERCOSUR. Aunque estas normas son de carácter supranacional, no constituyen normas de Derecho Internacional Público en el sentido convencional de las mismas, ya que su sistema de creación puede ser ajeno al de los Tratados Internacionales, como es el caso del Derecho derivado en el ámbito del Derecho Comunitario Europeo (Directivas y Reglamentos).

La incidencia de este derecho en el arbitraje no debe encontrar reparos, ya que estos sistemas jurídicos comunitarios forman parte del Derecho de los Estados y su aplicabilidad es indiscutible, incluso en caso de conflicto con el Derecho Interno, como ocurre en la Europa comunitaria con el *principio de primacia*, mediante el cual en caso de conflicto entre norma interna y norma comunitaria, se ha de aplicar la norma comunitaria, aun cuando el juez nacional desconozca su existencia.

3. Fuentes de Derecho Doméstico

Las leyes de los Estados son fuente genuina de procedimientos arbitrales, que pueden seguir un criterio monista o dualista, según el tratamiento que den al arbitraje nacional y al internacional. En este escenario cobra especial importancia la Ley Modelo UNCITRAL, la que si bien no es una fuente en sentido estricto, sí es una fuente de inspiración legislativa.

En España, por ejemplo, una norma doméstica es la Ley de Arbitraje de 2003.

4. La voluntad de las partes

La voluntad, la autonomía de la voluntad para ser más exactos, es la génesis del arbitraje. En este sentido, la aplicabilidad de una ley determinada, sea para el fondo del asunto o para regir el arbitraje, viene condicionada por la elección de las partes. En esta medida, la voluntad de las partes constituye fuente del arbitraje. De allí que esta voluntad ha de ser válida; pues, por ejemplo, si la voluntad de someterse a un arbitraje está viciada —por haberse prestado bajo coacción o amenaza o tratarse de una cláusula arbitral aceptada por un incapaz, por ejemplo— los árbitros han de examinarla, en tal caso. Pero, también en supuestos normales, incluso para determinar la competencia de una instancia arbitral, el alcance de la autonomía de la voluntad es imprescindible para, precisamente, elegir aspectos como sede, ley o idioma; o incluso para delimitar el objeto de la controversia que el árbitro ha de resolver.

5. Los reglamentos de las cortes de arbitraje

Estos reglamentos constituyen fuente del arbitraje en la medida en que regulan actuaciones, la constitución del tribunal, el procedimiento arbitral, entre otros aspectos.

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

VOCABLOS CONEXOS: Cultura arbitral. Confluencia de tradiciones jurídicas. Convenio de Ginebra. Convenio de Nueva York. Convenio de Washington.

G

Globalización

En un sentido amplio, se entiende por globalización a un fenómeno actual de múltiples aristas —en lo social, lo tecnológico, lo cultural y lo económico— que permite a la humanidad conocerse a sí misma e intercambiar cosas materiales (productos) e inmateriales (ideas) con mayor velocidad. El Derecho, como expresión cultural de los pueblos, o acuerdo entre los pueblos, no escapa de la globalización, tal como lo demuestra la existencia de normas y figuras jurídicas internas (que migran muchas veces de un ordenamiento a otro como consecuencia del Derecho comparado) y la celebración de tratados internacionales o la aparición de normas supranacionales comunitarias.

Un rasgo de la globalización es el cambio en los modelos de producción, en el sentido de que se observa una deslocalización de la actividad económica que facilita los traslados de una parte de las operaciones de trabajo de un país a otro (Arnaud). Otro rasgo de la globalización es una extensión geográfica sin precedentes, de *interdependencia*, la cual ha incidido en países que han tenido o tienen una organización económica y social distinta, como es el caso de China, pero que no han podido desentenderse del funcionamiento de la economía mundial (Carrillo Salcedo).

En este contexto, la administración de justicia de los Estados empieza a no ser la más apropiada para las necesidades de los justiciables cuando los operadores jurídicos de estas instancias estatales ven al Derecho Internacional con la desconfianza derivada de su desconocimiento.

Frente al desconocimiento del Derecho Internacional Público y Privado por parte de la justicia doméstica en algunos Estados y el problema de saturación de causas en los órganos judiciales estatales, el arbitraje se erige como un mecanismo ideal entre empresas de actividad transfronteriza. Pero, además, no sólo se erige como mecanismo de solución de controversias entre compañías, sino también como medio de solución de controversias entre Estados y compañías. El arbitraje prolifera y está en auge y podría decirse que el auge del arbitraje internacional es una de las consecuencias de la globalización, o lo que es lo mismo, que la globalización incide como un factor de la expansión de la figura arbitral internacional motivada por la búsqueda de soluciones a problemas y controversias que el comercio y las inversiones traen consigo por su dimensión transfronteriza.

Entendiendo la interdependencia como un factor clave de la globalización (acentuado hoy más que nunca por el desarrollo de las nuevas tecnologías), los Estados comenzaron a darse cuenta de que la figura arbitral sería cada vez más solicitada para la solución de controversias, lo que exigía establecer unos estándares mínimos o un marco procesal mínimamente homogéneo, sobre todo en lo que a reconocimiento y ejecución de laudos se refiere y en aras de una seguridad jurídica mínimamente compartido. Es así como hace más de medio siglo apareció la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, la cual a su vez ha sido considerada por la doctrina como el detonante de la globalización del arbitraje internacional (Hermida del Llano y Gonzalo Quiroga), señalándose que con tal Convención empieza la globalización en la institución arbitral, por lo que se le considera como un auténtico instrumento promotor y precursor del arbitraje internacional. En suma, para el arbitraje, la globalización es un factor que ha motivado su expansión.

(Autor: Jorge Luis Collantes González. Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Arnaud y Fariñas Dulce. «Sistemas jurídicos. Elementos para un análisis sociológico del Derecho» *BOE*. Madrid, 2006. Carrillo Salcedo, J. «Permanencias y cambios en el Derecho Internacional». *Cursos Euromediterráneos Bancaixa de Derecho Internacional,* 1999, vol. III. Hermida del Llano. «El arbitraje y otras formas de resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Comunitario». En Collantes González, Jorge Luis. (Dir.). *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Biblioteca de Arbitraje. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, vol. 4, 2007.

VOCABLOS CONEXOS. Arbitraje. Confluencia de tradiciones jurídicas (en el arbitraje). Convenio de Nueva York de 1958.

H

Heterocomposición

La heterocomposición se refiere a un medio o vía de resolución de conflictos en el cual, a instancia de la parte o partes en litigio, interviene un tercero, persona física individual u órgano colegiado, que se compromete o está obligado a emitir una resolución en la que decida dicho litigio a favor de una o de otra de las partes, decisión que éstas deberán acatar. Para que podamos hablar de heterocomposición, es necesario, por tanto, no sólo la presencia de una tercera persona ajena al litigio, sino, además es preciso que ésta resuelva el litigio de forma vinculante para las partes. No es suficiente, por tanto, su mera presencia, como sucede, por ejemplo en la mediación, proceso éste en que la persona mediadora no resuelve el conflicto sino que son las partes inmersas en él las que, mediante un posible acuerdo, ponen fin al mismo. En la heterocomposición, la decisión del conflicto recae en el tercero, en la persona ajena al litigio de las partes.

El concepto de heterocomposición nace como contraposición al término «autocomposición», considerado este último «feliz hallazgo del

genial procesalista de Milán» Carnelutti, en su obra *Sistema di Diritto Processuale Civile* [Alcalá-Zamora y Castillo].

El litigio o el conflicto entre dos esferas de intereses contrapuestos puede solventarse bien por decisión imperativa de un tercero (heterocomposición), bien por obra de los propios litigantes, en cuyo caso encontramos, a su vez, dos perspectivas: de un lado, cuando uno de los litigantes impone a la otra parte el sacrificio de su interés (autodefensa); de otro lado, cuando uno de los litigantes «consiente el sacrificio de su propio interés» (autocomposición) [Alcalá-Zamora y Castillo].

La autodefensa se caracteriza esencialmente porque la decisión del litigio la toma una de las partes, imponiéndola a la otra parte, sacrificando el interés de esta última. Se suele llevar a término, por tanto, sin la intervención de un tercero imparcial, distinto de las partes. Ha sido considerada como una solución «deficiente y peligrosa», por lo que los ordenamientos jurídicos de los Estados la prohíben como regla general, salvo supuestos excepcionales, como la legítima defensa del orden penal, probados en juicio [Alcalá-Zamora y Castillo].

La autocomposición, recordemos, aquélla que supone la resolución del litigio por la decisión de las propias partes inmersas en él, puede consistir tanto en un acuerdo basado en las concesiones mutuas de las partes (transacción), con menor o mayor grado de satisfacción de las partes implicadas, como también puede consistir en que una de ellas se «retire» de la contienda, ya sea porque una de las partes abandone sus pretensiones (renuncia o desistimiento), ya sea accediendo a las peticiones de la otra parte (allanamiento). Si termina en pacto, la autocomposición puede aparecer como el medio a través del cual todas las partes del conflicto quedan satisfechas, puesto que el conflicto ha finalizado con un acuerdo que tiene presente los intereses compatibles de todas ellas cuando, en realidad, en algunos casos, el pacto puede encubrir la renuncia del interés propio de aquélla de las partes que ofrece menor resistencia a ceder sin exigir nada a cambio o, también, que ha llevado

a cabo una representación errónea de su posición, por lo que cede más en sus pretensiones.

De todo ello resultaría que la heterocomposición se presenta, en principio, como el medio más idóneo por cuanto que supone obtener un resultado justo y pacífico del conflicto, adoptado por un tercero, con base en unas normas jurídicas o conforme a equidad; en el caso concreto, ello ya dependería de múltiples condicionantes: desde la legislación aplicable en el medio heterocompositivo de que se trate, la organización política o procesal, según sea el caso o también de la profesionalidad y la ética de quienes ejercen la función de resolución de conflictos ajenos. Los medios heterocompositivos, como los anteriores, pueden ser también poco satisfactorios cuando imponen soluciones a las partes sin tener en cuenta las circunstancias particulares en las que éstas se encuentran, por falta de tiempo de los terceros que deciden, cuando la aplicación estricta de la ley ofrece dicho resultado considerado injusto, o porque la norma tampoco puede dar una solución que satisfaga los intereses de todas ellas. En algunos casos parece que sería conveniente un acuerdo entre partes, cuyo resultado podría obtenerse por la intervención de un tercero quien, sin decidir ni imponer, favoreciera que el diálogo entre ellas fuera posible (por ejemplo, en el ámbito de las relaciones personales o familiares, en temas de reparto de herencias, entre otros), toda vez que propiciaría el equilibrio de poderes de las partes, evitando con ello alcanzar acuerdos desiguales porque una de las partes se ha formado una representación errónea de la realidad o porque la otra parte, más fuerte anímicamente, le reconduce a adoptar forzadamente un acuerdo. No cabe duda, sin embargo, que ante la ausencia de voluntad de pacto de las partes o de cumplimiento de una obligación previamente contraída, por ejemplo, generadora de un conflicto, son los medios heterocompositivos, cuyos procedimientos terminan con una resolución que debe ser acatada por las partes, los que permiten la defensa y exigencia del cumplimiento de sus derechos de los particulares a través de resoluciones, sea sentencia, sea laudo, que ponen fin al conflicto y que tienen carácter ejecutivo.

Se ha considerado que existe una posición intermedia entre heterocomposición y autocomposición que la ocuparía la conciliación. Se trata de un procedimiento, previo o como fase del proceso judicial, que tiene como finalidad el procurar avenir a las partes, para que alcancen un acuerdo, con la particularidad de que en dicho proceso interviene una tercera persona, ajena al conflicto, el conciliador, que puede proponer opciones de solución a las partes, quienes voluntariamente pueden o no aceptar. Esta situación intermedia sucedería en el caso de que la conciliación terminase sin avenencia de las partes, puesto que no sería un medio autocompositivo, por falta de acuerdo, pero tampoco heterocompositivo, por cuanto el conciliador no impone su decisión a las partes. Por el contrario, si el tercero que dirige la conciliación aconseja a quien ha presentado la papeleta de conciliación que renuncie o desista de su pretensión, o a la otra parte, que se allane o, como tercera opción, que ambas partes se hagan recíprocas concesiones, esto es, que transijan, en los tres casos nos hallaríamos ante las tres modalidades de vía autocompositiva, anteriormente mencionadas [Alcalá-Zamora y Castillo].

Retomando el discurso inicial, dos son los medios o métodos clásicos heterocompositivos: el proceso judicial y el arbitraje. En el primero, el proceso judicial, el tercero es un juez, magistrado o un órgano colegiado, un funcionario u órgano público, que resuelve el conflicto de las partes en la sentencia judicial. En el segundo, el tercero es un árbitro, un profesional experto, contratado por las partes y al que voluntariamente se someten para que resuelva el conflicto que puedan tener entre ellas, a través del laudo arbitral. La celeridad del procedimiento arbitral, su flexibilidad y su carácter más económico en relación con el proceso judicial unido al carácter ejecutivo de su laudo arbitral, como si de una sentencia judicial se tratara, son factores determinantes en el aumento del número de solicitudes de resolución de litigios por esta vía heterocompositiva que es el arbitraje, en particular, en conflictos internacionales.

(Autora: (Isabel Viola Demestre.
Profesora titular de Derecho Civil de la U. de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. *Proceso, autocomposición y autodefensa*. Textos universitarios. México, D.F.: UNAM, 1970, 2.ª Ed. *Diccionari català-valencià-balear, iniciada per Mn. Antoni Alcover, redactat per Francesc de B. Moll, amb la col·laboració de Manuel Sanchís Guarner*, tomo III, p. 344. *(«compondre», acepció* IV, 5. a); tomo VI, p. 519 («hetero-»). Palma de Mallorca, 1954. Velarde Aramayo, M. Silvia y Rafael Sastre Ibarreche. «Mecanismos de heterocomposición de conflictos: del arbitraje a los ADR». En Velarde Aramayo, M. Silvia. *Introducción al Derecho del arbitraje y la mediació*n. Salamanca: Ratio Legis Librería Jurídica, 2006, pp. 11-70.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Conciliación. *Dispute Boards*. Mediación.

I

Idioma del Procedimiento

El idioma conforme al cual se sigue un procedimiento arbitral adquiere relevancia cuando nos encontramos ante contratos celebrados entre partes que hablan idiomas diferentes; o cuando el idioma empleado para la celebración del contrato difiere del idioma en el cual se ha venido ejecutando el contrato; o cuando el arbitraje se lleva en un idioma distinto al idioma utilizado en el contrato, entre otros supuestos.

La determinación del idioma resulta esencial para garantizar la fluidez y claridad del arbitraje, pero, asimismo, se configura como un mecanismo esencial para garantizar el ejercicio del derecho de defensa de las partes.

Entre los criterios que deben ser considerados para la determinación del idioma aplicable podemos mencionar los siguientes: *i)* la ley que rige el contrato, la cual se determinará mediante la aplicación de cualquiera de los factores de conexión del Derecho Internacional que corresponda emplear al efecto, a saber, ley del lugar de ejecución del contrato, ley de celebración del contrato, etc.; *ii)* la sede del arbitraje, que podría

constituir un criterio a tener en cuenta para definir el idioma que se aplicará al procedimiento; *iii)* el idioma del contrato, que es el idioma adoptado por las partes para regular su relación y podría ser válidamente empleado para regular el arbitraje si lo admite el contrato; *iv)* el idioma de los demás documentos que integren el contrato o el idioma de los eventuales testigos que puedan ser citados a declarar, por ser elementos que facilitan el desenvolvimiento del arbitraje; y, finalmente, *v)* la disponibilidad de árbitros y abogados que puedan desempeñarse con fluidez en el idioma elegido.

Con base en estos criterios, por lo general, los reglamentos de los centros de arbitraje disponen que si las partes no han determinado el idioma del procedimiento (contenido en el convenio arbitral), éste será el del contrato, pudiendo, en todo caso, los árbitros considerar otros elementos en esta determinación.

Sobre este punto existen distintos matices en los reglamentos de arbitraje internacional. Por ejemplo, los reglamentos de la Asociación Americana de Arbitraje *(AAA)* y de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres *(LCIA)* disponen que el idioma del arbitraje sea el del convenio arbitral, sin perjuicio de la facultad del tribunal arbitral para determinar otra cosa. Por su parte, tanto el Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (*ICC*, sus siglas en inglés) como las reglas de arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), señalan que es el tribunal arbitral el que en primer término determinará el idioma del arbitraje si las partes no lo han fijado, estableciendo en todo caso el idioma del contrato como un elemento que debe ser considerado por el tribunal.

En Latinoamérica existen regulaciones similares en cuanto al idioma del procedimiento. En Chile, por ejemplo, el idioma de las actuaciones arbitrales queda sometido en primer término al acuerdo entre las partes y sólo en ausencia del mismo, será el Tribunal el que lo determine; lo propio sucede en Panamá, donde el idioma será el que convienen las

partes o el designado de conformidad con el reglamento aplicable, o el que determine el Tribunal Arbitral; a su turno, la Ley de Arbitraje de la República Dominicana deja este aspecto en manos de las partes y, en su defecto, de los árbitros.

En el caso de la Ley de Arbitraje peruana, las partes pueden acordar libremente el o los idiomas que hayan de utilizarse en las actuaciones arbitrales. De no existir acuerdo, le corresponderá al Tribunal Arbitral definir el idioma en atención a las circunstancias del caso. Asimismo, el Tribunal Arbitral podrá solicitar que cualquier actuación sea realizada en idioma distinto al del arbitraje, salvo oposición de alguna de las partes.

La determinación del idioma implica que las partes quedan obligadas a expresarse en dicho idioma y éste se utilizará en los escritos de parte, en las audiencias, en las decisiones y laudos y comunicaciones del Tribunal Arbitral (las pruebas deberán presentarse con su correspondiente traducción, si fuera el caso); no obstante, puede determinarse que cada una de las partes se exprese en su propio idioma. En tales casos estaremos ante un arbitraje bilingüe y el Tribunal Arbitral deberá determinar cuál idioma prevalecerá.

Cabe señalar que la elección de más de un idioma para el desarrollo de un procedimiento arbitral no es aconsejable, pues se incrementarían los costos del mismo y existiría la posibilidad de que al existir documentos en diferentes idiomas se presenten versiones no necesariamente coincidentes, complicando la labor interpretativa del Tribunal Arbitral.

(Autor: Felipe Osterling Parodi/Estudio Osterling Sociedad Civil/Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Cordero Arce, Gonzalo. «Cláusulas Arbitrales en Contratos Internacionales. Aspectos Prácticos». *Revista Chilena de Derecho*, 2007, vol. 34, n.º. 1. Fernández Ruiz, Gonzalo. «Arbitraje Internacional en Chile». *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Bogotá: Legis Editores, 2009, 1.ª Ed. González Arrocha, Katherine. «Arbitraje Comercial Internacional en Panamá».

El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Bogotá: Legis Editores, 2009, 1.ª Ed. Ricardo Ferris, José. «Arbitraje Comercial Internacional en República Dominicana». *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Bogotá: Legis Editores, 2009, 1.ª Ed. Soto Coaguila, Carlos. «Arbitraje Comercial Internacional en Perú». *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica*. Bogotá: Legis Editores, 2009, 1.ª Ed. Vidal Ramírez, Fernando. *Manual de Derecho Arbitral*. Lima: Editora Gaceta Jurídica, 2003, 1.ª Ed.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje internacional. Audiencias (*hearings*). Flexibilidad. Lugar del arbitraje. Procedimiento arbitral. Prueba (*evidence*). Reglamento arbitral. Traducción Jurada.

Igualdad de las partes

El principio de igualdad de partes, juntamente con el principio de audiencia y contradicción constituyen los principios informadores básicos de todo proceso, hasta el punto que se haya afirmado que sin éstos, no existe proceso. Su relevancia es tal que han alcanzado el rango de derechos humanos al haber sido incorporados en distintos Tratados y Convenios Internacionales. Así, el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que lleva el título de «Derecho a un proceso equitativo» en su apartado primero establece que «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil». El artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que «Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal». En similar sentido el artículo 14.1 del Pacto Europeo de Derechos Civiles y Políticos establece que «Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación

de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil».

La ratificación por parte de los estados de estos instrumentos internacionales les obliga a respetarlos y a dotar al ordenamiento jurídico de los mecanismos necesarios para garantizarlos. En el caso de España, han sido constitucionalizados al incorporarse a la Carta Magna que recoge el derecho de igualdad en su artículo 11 y teniendo el principio de igualdad su representación procesal en el artículo 24. De acuerdo con lo descrito, tanto los Convenios Internacionales como la Constitución Española recogen una serie de principios procesales de obligado cumplimiento que rigen también para el arbitraje en la medida que ningún ordenamiento jurídico puede amparar disposiciones que los contravengan. Aún así, su formulación en el marco del arbitraje debe ser matizado en atención a las particularidades propias de la institución.

En España, la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje, siguiendo el ejemplo de la Ley Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, en su artículo 24.1 establece que «deberá tratarse a las partes con igualdad y darse a cada una de ellas suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos». A continuación, el artículo siguiente, determina la libre configuración del procedimiento por las partes o, en su defecto, por los árbitros con el único límite que se respete los principios procesales establecidos por el artículo 24 LA.

Es importante tener en cuenta, que el contenido concreto que integra el principio de igualdad, así como el ejercicio del mismo puede tener matices diferentes en la legislación de los distintos estados. Como consecuencia, en función del contexto jurídico en el que se desarrolló el arbitraje y, especialmente, las normas que lo rijan, influirán en la apreciación que hagan los árbitros, del mismo modo que también tendrá relevancia con posterioridad, en sede judicial, si se impugna el laudo alegando su vulneración, así como también a efectos que pueda ser denegado el *exequatur*.

Siguiendo la definición de Berzosa Francos, en el ámbito procesal la igualdad implica que todas «las partes en un proceso dispongan de los mismos derechos, oportunidades y cargas en orden a defender sus respectivas posturas». De la anterior definición puede verse cómo el principio de igualdad de partes se une inseparablemente al principio de audiencia y contradicción.

El principio de igualdad se manifiesta en distintos ámbitos del proceso arbitral, afectando tanto a la actividad de las partes, como de los árbitros e incluso la del propio legislador. Por un lado afecta la actividad de los árbitros en cuanto éstos deberán velar para que durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales se garantice el respeto al contenido de este principio. También afecta las relaciones de las partes a la hora de hacer uso de su autonomía de la voluntad y configurar el arbitraje, constituyendo un límite a la misma. Una manifestación este sentido se encuentra en el artículo 15 LA que regula la designación de los árbitros exigiendo que el procedimiento que las partes establezcan para designar a los árbitros sea igualitario, es decir, que no coloque a una parte en mejores condiciones que la otra a la hora de elegir los árbitros.

Finalmente, la vigencia del principio se refleja también en la actividad del legislador al que se le exige que dicte normas situadas dentro de los parámetros del principio. En este sentido se trata de un principio formal puesto que aquello que se exige al legislador es que normativamente ponga los medios para que pueda lograr la mayor igualdad posible entre las partes, pero no puede exigirse en ningún caso que haya una auténtica igualdad material.

En aras a buscar esta igualdad, el ordenamiento jurídico procesal establece algunos mecanismos dirigidos a evitar o minimizar las posibles desigualdades. Se trata, por ejemplo, de la previsión con carácter general que las partes deberán concurrir al proceso civil asistidas por un letrado. Ello se hace con la finalidad de garantizar que ambas partes puedan tener, como mínimo formalmente, la misma preparación

jurídica para afrontar un proceso judicial. Asimismo, para hacer frente a las desigualdades económicas que puedan existir entre las partes y que puedan llevar a que haya personas que no puedan permitirse económicamente los costes del proceso, se regula el acceso a la asistencia jurídica gratuita.

Tal y como se ha indicado, en el arbitraje, como consecuencia de las particularidades propias de la institución y, especialmente, de la vigencia del principio de autonomía de la voluntad de las partes, las manifestaciones del principio de igualdad deben matizarse respecto al proceso judicial. En este sentido ni la Ley Modelo ni la Ley Española de Arbitraje prevén expresamente la intervención obligatoria de letrado en el proceso arbitral, sin que tampoco exista prohibición alguna. Su intervención se configura indirectamente de forma voluntaria al establecer el artículo 30.2 LA que «las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes». Asimismo, el artículo 37.6 LA al regular el contenido del laudo, establece que los árbitros se pronunciarán sobre las costas, que podrán incluir en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes. Es decir, que se parte de la base que en muchas ocasiones las partes actuarán asistidas por un letrado, pero no se establece su intervención con carácter obligatorio. Al ostentar esta actuación carácter voluntario, parece que no constituiría una vulneración al principio de igualdad que una parte interviniera asistida por un abogado mientras que la otra parte no. En cualquier caso, estimo que para una mayor garantía de los derechos de las partes, los árbitros en cuanto tuvieran conocimiento de la intervención de una parte asistida por un letrado, deberían comunicarlo a la otra a efectos de que ésta pueda tomar la decisión de solicitar la asistencia por parte de un profesional.

En la legislación española, nada se prevé respecto al reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos arbitrales, quedando como consecuencia excluida. Tener que acudir a un arbitraje, igual que a un proceso judicial implica la generación de unos deter-

minados costes, especialmente, el pago de los honorarios del abogado cuando se acuda al mismo, así como de los árbitros y de la institución arbitral. El momento en el que se tienen que satisfacer los importes correspondientes podrá ser libremente pactado entre la parte, su letrado, los árbitros y la institución arbitral, sin que exista obligación alguna de esperar al final del proceso. Al contrario, lo habitual suele ser tener que satisfacer los importes correspondientes a estos gastos con antelación. De hecho, el artículo 21.2 LA, establece que «salvo pacto en contrario, tanto los árbitros como la institución arbitral podrán exigir a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. A falta de provisión de fondos por las partes, los árbitros podrán suspender o dar por concluidas las actuaciones arbitrales. Si dentro del plazo, alguna de las partes no hubiere realizado su provisión, los árbitros, antes de acordar la conclusión o suspensión de las actuaciones, lo comunicarán a las demás partes, por si tuvieren interés en suplirla dentro del plazo que les fijaren. Ello provoca que haya un determinado número de casos en los que la tutela efectiva, ya sea judicial o arbitral, quede limitada», puesto que como consecuencia de la insuficiencia de recursos la parte podrá ver impedido el acceso al arbitraje, pero a su vez, como consecuencia de la existencia del convenio arbitral esta misma parte no podrá acudir ante los órganos judiciales.

(Autora: Dra. Núria Mallandrich Miret. Profesora de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Almagro Nesete, J. «Garantías constitucionales del proceso civil». *Justicia*, 1981, pp. 11-41. Berzosa Francos, M.ª V. «Principios del proceso». *Justicia*, 1992, n.º 3, pp. 553-620; Chocrón Giráldez, A.M.ª. *Los principios procesales en el arbitraje.* Barcelona: J.M. Bosch, 2000. Jaksic, A. *Arbitration and human rights.* Peter Lang Frankfurt am Main, 2002. Mallandrich Miret, N. *Medidas cautelares y Arbitraje.* Barcelona: Atelier, 2010. Montero Aroca, J. y otros. *Derecho Jurisdiccional I. Parte General.* Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. Ortells Ramos, M. y otros. *Introducción al Derecho Procesal.* Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2010.

VOCABLOS CONEXOS: Indefensión.

Imparcialidad del árbitro

1. El concepto de imparcialidad

Imparcialidad significa la libertad frente a todo prejuicio o favoritismo, ya sea de palabra o de obra, y una disposición de servir a todas las partes por igual y no sólo a una parte. La parcialidad surge cuando un «enjuiciador» favorece de cualquier forma a una de las partes o cuando mantiene prejuicios en relación con la materia objeto de la controversia. La imparcialidad es un concepto más abstracto que la independencia, en el sentido de que implica un estado de ánimo que además resulta difícil de medir y de cuantificar.

La imparcialidad es un estado de la mente que, en ocasiones, se evidencia a través de la conducta del sujeto. Un árbitro es parcial cuando tiene una preferencia o inclinación hacia una parte o contra una parte, o cuando un tercero percibe razonablemente dicha parcialidad (Leon Trackman). La imparcialidad puede ser descrita como un estado mental en el que el enjuiciador no tiene interés en el resultado de la contienda y se muestra abierto a la persuasión de las alegaciones y pruebas de las partes (según el principio de justicia rogada *iudex judicare debet secundum allegata et probata partibus*). En cambio, la parcialidad denota un estado de ánimo que de alguna manera predispone a un resultado determinado o se cierra a considerar determinadas cuestiones. El que un enjuiciador sea imparcial depende de que su conducta no dé lugar a un temor razonable de parcialidad.

Es necesario distinguir entre una simple simpatía o una predisposición, en general, y un prejuicio positivo. Un prejuicio a favor o en contra de una parte o de un caso constituye una voluntad de decidir un caso a favor o en contra de una parte con independencia o sin un examen crítico de los hechos y los fundamentos del caso (Redfern y Hunter).

2. La imparcialidad de los jueces

La independencia y la imparcialidad es la característica esencial de la administración de justicia y de los jueces.

La imparcialidad ha sido especialmente analizada en relación con la función de los jueces. La justicia y la imparcialidad deben estar subjetivamente presentes y ser objetivamente demostrables por un observador razonable e informado. El proceso se considerará injusto si las palabras o acciones del juez dan lugar a un temor razonable de parcialidad a este observador. El *Model Code of Judicial Conduct* de la ABA 2007 define la independencia de los jueces como la «libertad del juez frente a toda influencia o control distintos a los establecidos por el derecho» y define la imparcialidad como «ausencia de inclinación» (*bias*) o prejuicio a favor o contra partes o clases de partes en particular, así como el mantenimiento de un ánimo abierto (*open mind*) al considerar las cuestiones que puedan llegar ante el juez.

La prueba de la parcialidad ha de ser objetiva y no subjetiva. La percepción de predisposición o de prejuicio debe ser razonable y a juicio de una persona razonable y honrada, planteándose a sí misma la cuestión y disponiendo la información necesaria al respecto. La prueba consiste en determinar lo que una persona informada concluiría, visto el asunto de manera realista y práctica y habiéndolo considerado suficientemente. Esta prueba consta, pues, de un doble elemento: la persona que considera la presunta parcialidad debe ser razonable y la aprehensión de la misma debe ser también razonable, atendidas las circunstancias del caso. La persona razonable debe hallarse informada, es decir, con el conocimiento de todas las circunstancias relevantes, incluyendo las condiciones de integridad e imparcialidad que forman parte de los antecedentes y teniendo en cuenta que la imparcialidad es uno de los deberes que los jueces han jurado defender.

La existencia de un temor razonable de parcialidad depende de los hechos. El nivel exigido para tal afirmación es alto y la carga de demostrar la parcialidad recae en la persona que alega su existencia. El riesgo real o probable de parcialidad debe demostrarse, dado que la mera sospecha no es suficiente. Como algunas sentencias de los Estados Unidos de América (por ejemplo, *Peoples Security Life Ins Co. vs. Monumental Life Ins. Co.*, 991 F. 2d 141, 146 (4th Cir. 1993) han declarado, el «interés o parcialidad deben ser directos, concretos y susceptibles de demostración razonable, en lugar de remotos o especulativos» y «se halla bien establecido que una mera apariencia de parcialidad es insuficiente para demostrar la parcialidad evidente».

La prueba se aplica por igual a todos los jueces, independientemente de su origen, género, raza, origen étnico o cualquier otra característica.

3. Imparcialidad de los árbitros

Como Lew, Mistelis y Kröll (*Comparative international commercial arbitration*, 2003, p. 258) indican justamente, de hecho los casos de parcialidad real son poco usuales. Es raro que los árbitros acentúen su favor o desfavor por una de las partes de una manera tan clara como la que se dio en un arbitraje entre una parte portuguesa y otra noruega, donde se oyó decir al árbitro que los portugueses son todos unos mentirosos (*The Owners of Steamship «Catalina» and the Owner del Motor Vessel «Norma»* [1938], 61 L1 L Rep 360). En los arbitrajes en que participan estados, ciertos comentarios políticos pueden también convertirse en un problema, como lo demuestra un ejemplo bien conocido del Tribunal de Reclamaciones Irán-Estados Unidos (Khan, *The Iran-United States Claim Tribunal*, pp. 65-67). Irán pidió la renuncia del juez Marigard de Suecia, uno de los árbitros de un país tercero. Al parecer, este árbitro incurrió en «propaganda política dudosa» al acusar a Irán de «condenar la ejecución», aunque la recusación fue rechazada por el Presidente del Tribunal Supremo de los Países Bajos, actuando como autoridad nominadora, por falta de prueba de que dicha declaración fuera realmente realizada (en *Judge Mangard, 1 Iran-US* CTR 509, 516-518).

Los tribunales de distintos países han adoptado también la tesis de la «sospecha razonable» o del «temor razonable». Así, el Tribunal Supremo de Victoria en Australia *Gas & Fuel Corporation vs. Victoria V. Woodhall y Leonard Pipeline Constructors Ltd.* sostuvo la existencia de una sospecha razonable, al considerar razonablemente una parte del público que el árbitro no pudo resolver la controversia de una manera justa y sin prejuicios. Esta prueba fue revisada en *Livesey vs. New South West Bar Association* (*Livesey v. Niffl South West Bar Association* [1983] 151 CLR 294). En Inglaterra, se ha considerado que la prueba de parcialidad a efectos de la Sección 24 de la Ley inglesa, es la misma que la del artículo 6, I de la Convención Europea de Derechos Humanos, a saber, cuando un observador honesto y bien informado considera que los hechos demuestran que había una posibilidad real de que el árbitro estuviera influido por prejuicios (*Magill vs. Porter* [2002] UKHL 67, [2002], 1 All ER, 465, citado por Audley Sheppard, *Arbitration World*, 2004, p.149).

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América ha advertido también que «es cierto que los árbitros no pueden cortar todos sus vínculos con el mundo empresarial, ya que no se espera que obtengan todos sus ingresos de su trabajo decidiendo casos, pero, en todo caso, debemos ser aún más escrupulosos en salvaguardar la imparcialidad de los árbitros que la de los jueces, ya que los primeros tienen las manos completamente libres para decidir tanto los hechos como el derecho y no están sujetos a revisión en apelación».

(Autor: Ramón Mullerat. Ex Presidente del Cons. de Colegios de Abogados de la UE. KPMG Abogados, Barcelona).

Impugnación del laudo arbitral

Podemos definirla como la revisión que efectúa un órgano jurisdiccional del contenido del laudo arbitral.

Dicho esto, la siguiente cuestión que debe ocuparnos es si dicha revisión debe entenderse como un recurso *strictu sensu* o, por el contrario, debe ser configurada como una acción de anulación de la decisión de un tercero en sede jurisdiccional.

En España, la Ley de Arbitraje (LA) huye del término recurso para referirse a la función revisora del laudo y la denomina acción de anulación. No obstante, y a pesar de la claridad de la LA, existen posiciones encontradas en este punto.

1. Carácter de recurso y no de acción

Este sector doctrinal considera que nos encontramos ante un recurso, toda vez que éste se define como un acto procesal que posibilita un nuevo examen fáctico o jurídico de una cuestión ya resuelta, y por el que se solicita que se anule o revoque la decisión. Por tanto, esta línea defiende que nos encontramos ante un recurso, toda vez que se interpone ante la Audiencia Provincial y no ante el Juzgado de Primera Instancia, si bien las causas de revisión se encuentran tasadas, de forma que como defiende la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de fecha 18 de abril de 2006, nos encontramos ante un remedio extraordinario con motivos tasados, de naturaleza casacional y restringido a efectuar un control externo de seguimiento de las garantías formales.

Precisamente, este control limitado a funciones externas o formales es el que defiende la jurisprudencia, que viene señalando la imposibilidad de revisar la cuestión de fondo (*vid* Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 11 de mayo de 2006).

2. Carácter de acción y no de recurso

Los defensores de esta tesis, afirman que el concepto recurso se emplea para calificar aquellos instrumentos procesales de impugnación de resoluciones no firmes. Precisamente por esto, y teniendo en cuenta que

los laudos arbitrales son firmes, se puede afirmar que nos encontramos ante una acción y no frente a un recurso, toda vez que este mecanismo no permite analizar, ni directa ni indirectamente, la corrección en la aplicación de la Ley llevada a cabo por los árbitros, cuya actuación sólo podrá ser revisada en caso de que se vulneren aspectos formales o procedimentales, es decir, la acción de anulación implica un acto de impugnación de la validez del laudo arbitral.

Como sustento de dicha tesis, y en una posición favorable al arbitraje se pronuncia la Audiencia Provincial de Madrid en su Sentencia de 22 de enero de 2009 en la que establece, que si la finalidad del arbitraje es la de alcanzar una pronta solución, la revisión del fondo del laudo desnaturalizaría dicha premisa.

3. Cuestiones terminológicas aparte

Lo cierto y claro, es que con independencia de la cuestión terminológica, resulta común a ambas tesis, que la acción de anulación está basada en causas tasadas (artículo 41 LA y 34.2 Ley Modelo UNCITRAL), debiendo destacarse que la LA establece como motivos de impugnación del laudo las siguientes:

- *Inexistencia o invalidez del convenio arbitral.* Para que pueda predicarse la existencia del convenio es necesario que concurran los tres requisitos esenciales de todo contrato: consentimiento, objeto y causa. Por el contrario, el término «validez» se refiere bien estrictamente a la nulidad de dicha cláusula, bien porque sea contraria a cualquier norma legal imperativa, bien porque afecte a materias no disponibles, que concurra un vicio por motivo de existencia de causas ilícitas, que haya sido suscrito el acuerdo por representante sin poder para ello, o que puedan desprenderse ciertos vicios del consentimiento al mediar dolo, violencia o intimidación en la declaración de sometimiento a arbitraje.

- *Falta de designación de árbitro o de las actuaciones arbitrales o que por cualquier motivo no se haya podido hacer valer los derechos.* Este motivo de impugnación se refleja bien en la existencia de indefensión o bien en el quebranto del principio de igualdad durante la designación de los árbitros.

- *Que los árbitros hayan resuelto cuestiones no sometidas a su decisión.* Concurre en aquellos casos en los que se aprecia la denominada incongruencia *extra petita*, que se define como el más flagrante ataque al derecho de las partes a obtener una resolución arbitral que se adecúe al contenido constitucional otorgado a dicha institución. No obstante, dicho quebranto requiere que se vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia de la infracción al principio de contradicción, de forma que el laudo que se dicte, altere la causa *petendi*.

4. Incongruencia omisiva

Por el contario, la llamada incongruencia omisiva no da derecho a solicitar la anulación del laudo, sin perjuicio de la responsabilidad en la que puedan incurrir los árbitros al quebrar el mandato de las partes.

- *Que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se haya ajustado al acuerdo de las partes, salvo que el mismo sea contrario a una norma imperativa.* Este principio escapa de la mera indefensión, es decir, supone una quiebra de la libertad de pactos de las partes a la hora de designar a los árbitros, de forma que no es necesario que se haya vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva.

- *Que los árbitros hayan resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje.* Se regula para abordar supuestos en los que los árbitros resuelven sobre cuestiones que, si bien inicialmente se encuentran reguladas dentro del convenio arbitral, las mismas se encuentran afectadas por normas imperativas. En España, la LA no elabora elenco alguno

de materias, de forma que deja abierta la interpretación de este precepto.

- *Que el laudo sea contrario al orden público.* Implica, según el Tribunal Constitucional español, una quiebra de los derechos fundamentales que la constitución les reconoce a españoles y extranjeros. Ahora bien, una cosa es el concepto de orden público y otra muy distinta su aplicación práctica a la controversia, de forma que no se puede utilizar dicha vía para solicitar la anulación del laudo por el hecho de no haberse aplicado esos principios de orden público de una forma determinada.

Por tanto, y dejando a un lado la cuestión terminológica acción/recurso, lo que es evidente es que la impugnación del laudo sólo puede realizarse en base a criterios tasados en la norma y centrados en cuestiones formales, y sin que en ningún caso se pueda entender que la anulación implica una revisión del laudo en cuanto al fondo.

(Autora: Antonia Magdaleno. Prof. Der. Procesal de la U. de Valencia y Socia Directora de Antonia Magdaleno Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Magro Servet, V. «Casuística práctica de la acción de anulación del laudo arbitral». Diario *La Ley*, n.º 6576/2006. La Moneda, F. «La Nueva Ley n.º 60/2003 de arbitraje y su incidencia en el sistema arbitral de consumo». Diario *La Ley* de 27 de mayo de 2004. Lete Achirica, J. *«Comentario al artículo 41».* En Guilarte Gutierrez, V. (Dir.). *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Lex Nova, 2005. De la Oliva, S. *«Derecho Procesal, Introducción 2».* Centro de Estudios Ramón Areces, 2003. Fernández Ballesteros, M.A. «Comentario al artículo 40». En González Soria (Coord.). *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003.* Pamplona: Aranzadi, 2004. López de Argumedo, A y K. Menéndez. «La intervención judicial del arbitraje». En *Spain Arbitration Review*, 2010, n.º 8, pp. 51-73.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo. Ejecución del laudo. *Exequatur*.

Inactividad de las partes

Omisión por alguna de las partes del arbitraje de la realización de actos procesales relevantes para la adecuada prosecución del mismo. En cuanto a los efectos de la inactividad en el procedimiento arbitral y consiguiente resolución de la controversia mediante la emisión del laudo, se impone, con carácter general, el criterio de continuación de las actuaciones arbitrales siempre que sea posible, evitándose, de este modo, que la conducta pasiva de una de las partes frustre el arbitraje.

Así se deriva, por ejemplo, de la Ley de Arbitraje española para los arbitrajes internos e internacionales, al acoger el régimen jurídico recomendado por la Ley Modelo de la CNUDMI en su artículo 25. Según la Nota Explicativa de la Secretaría de la CNUDMI, «revisten considerable importancia práctica las disposiciones que facultan al tribunal arbitral para desempeñar sus funciones incluso si una de las partes no participa. Como lo demuestra la experiencia, es bastante frecuente que una de las partes tenga escaso interés en cooperar o en agilizar las actuaciones. Así pues, esas disposiciones brindan al arbitraje comercial internacional la eficacia necesaria, dentro de los límites que imponen los requisitos fundamentales de justicia procesal». Estos criterios *pro arbitraje* que rigen en casos de inactividad de las partes se encuentran, asimismo, expresamente recogidos en otros ordenamientos nacionales y reglamentos para arbitrajes internacionales. Sirvan de muestra el Código Judicial belga de 10 de octubre de 1967 (artículo 1695); el Decreto Legislativo n.º 1071, de Arbitraje, de Perú (artículo 46); el Código Procesal Civil alemán (artículo 1048); el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976 (artículo 28); y el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (artículos 6.2, 6.3, 18.3 y 21).

En todo caso, los efectos legal o convencionalmente anudados a la incomparecencia de las partes presuponen la correcta y efectiva realización de los actos de comunicación por parte del órgano arbitral, pues la voluntariedad o involuntariedad de dicha incomparecencia podrá

determinar la validez o invalidez y la eficacia o ineficacia de los actos realizados. Asimismo, ha de tomarse en consideración que las partes, con base en la autonomía de su voluntad, podrán determinar libremente las reglas que deban regir la actuación de los árbitros en caso de inactividad.

Con carácter general, nos referimos a inactividad de las partes en los siguientes supuestos: falta de presentación de la demanda arbitral por el demandante; ausencia de contestación a la demanda por el demandado; o incomparecencia de demandante y/o demandado en cualesquiera actuaciones procesales posteriores a la fase inicial de alegaciones tales como audiencias y presentación de pruebas.

Inactividad del demandante por falta de interposición de la demanda arbitral

En aquellos ordenamientos que prevén como inicio del arbitraje el requerimiento que el futuro demandante realiza al demandado con el fin de someter el conflicto al procedimiento arbitral, la no interposición de la posterior demanda en el plazo legalmente previsto o acordado por las partes supone, en la generalidad de los casos, la terminación de las actuaciones. Ello porque es en la demanda donde se concreta el objeto del proceso, se formula la pretensión y, en el arbitraje internacional, se determinan el ordenamiento jurídico aplicable al fondo del asunto y otras cuestiones tales como el idioma, de tal forma que la falta de especificación de la controversia por las partes impide al árbitro pronunciarse sobre el fondo de manera congruente.

En estos supuestos, no puede hablarse, al menos en sentido estricto, de desistimiento del demandante, pues éste no ha ejercitado aún pretensión alguna. Esto supone, al mismo tiempo, que el demandado no pueda mostrar su interés por que el procedimiento continúe y se dicte laudo sobre el fondo. Lo que sí puede defenderse es la existencia de una suerte de renuncia al procedimiento arbitral iniciado con el re-

querimiento, pudiéndose otorgar al demandado, como permite la Ley de Arbitraje española, oportunidad de ejercitar alguna pretensión y de convertirse, de esta manera, en parte demandante.

Inactividad del demandado por omisión de la presentación de la contestación a la demanda

Interpuesta y trasladada la demanda al demandado, éste cuenta con un plazo establecido legal o convencionalmente para presentar la contestación a la misma. La ausencia de contestación no impide, con carácter general, la continuación del procedimiento ni la emisión de un laudo sobre el fondo del asunto, basando el árbitro su decisión en las alegaciones y las pruebas aportadas por el demandante. Suele, pues, excluirse la consideración de la incomparecencia del demandado como allanamiento o admisión de los hechos alegados por el demandante.

La falta de contestación de la demanda produce, pues, una suerte de rebeldía del demandado, que podrá, a salvo lo dispuesto en la Ley o lo acordado por las partes, comparecer en cualquier momento posterior para realizar alegaciones complementarias, presentar pruebas, etc. Sin perjuicio nuevamente de lo establecido legal o reglamentariamente o lo convenido por ambas partes, podría incluso defenderse en el arbitraje la retroacción de las actuaciones una vez personado el demandado en aquellos supuestos en que su inicial incomparecencia se revelase involuntaria, por ejemplo, por defectuosa realización de los actos de comunicación.

Inactividad de cualquiera de las partes derivada de la incomparecencia en audiencias y de la no aportación de pruebas

Sin perjuicio de la previsión por las partes de otros efectos, la incomparecencia de cualquiera de ellas a las audiencias señaladas una vez superada la fase inicial de alegaciones supone, con carácter general, la imposibilidad de realizar el acto en cualquier otro momento ulterior. Por

su parte, la no aportación de pruebas en el momento procedimental acordado o previsto legal o reglamentariamente conlleva la emisión del laudo por el árbitro con base en el resto de material probatorio de que disponga.

En el caso de que sean ambas partes, demandante y demandado, quienes permanezcan inactivas a lo largo de la tramitación del procedimiento arbitral y aun entendiendo que el árbitro puede resolver la controversia puesto que el objeto de la misma fue fijado en los escritos iniciales, puede defenderse la exclusión de la obligación del árbitro de dictar el laudo ante la ausencia de voluntad de aquéllas de continuar con el arbitraje.

(Autora: M.ª Victoria Sánchez Pos. Profesora de Derecho Procesal/U. de Navarra).

VOCABLOS CONEXOS: Alegaciones *(memorials).* Audiencias *(hearings).* Allanamiento. Desistimiento del proceso arbitral. Rebeldía.

Inarbitrabilidad de la controversia (ver «Arbitrabilidad»)

Incongruencia del laudo

La incongruencia del laudo es la falta de correlación entre el fallo del laudo y las peticiones de las partes, deducidas oportunamente en el procedimiento arbitral, en el marco del convenio arbitral que originó éste [véase Sentencia de la Audiencia Provincial de 2005 (SAP) de Madrid —Sección 8.ª— n.º 455/2005 de 23 de septiembre de 2005 (JUR\2010\211487)]. Así, tiene lugar cuando los árbitros resuelven cuestiones que no han sido sometidas a su decisión, y es uno de los motivos de anulación del laudo arbitral, «que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión» [artículo 41.1.c) de la Ley de Arbitraje de 2003 (LA)].

En principio, podemos afirmar que los árbitros deben pronunciarse en el laudo sobre todas y sólo las cuestiones sometidas a su decisión. Es decir, ha de existir una adecuación entre el laudo y la controversia, que puede precisarse en el convenio, en acuerdos posteriores o en los propios escritos de alegaciones de las partes, siempre dentro de los márgenes señalados en el convenio arbitral. La propia Exposición de Motivos de la LA señala que «la determinación del objeto de la controversia, siempre dentro del ámbito del convenio arbitral, se produce de forma progresiva». No obstante, la anterior afirmación de que ha de existir una adecuación entre el laudo y la controversia no significa que la congruencia en el arbitraje tenga un contenido idéntico a la congruencia procesal, por dos razones: la primera es que el proceso de anulación del laudo tiene por objeto únicamente corregir el exceso de poder de los árbitros en el ejercicio de su función [SAP de Guipuzcoa —Sección 2.ª— n.º 2292/2007, de 1 de octubre de 2007 (JUR\2008\41803)] y de ahí que, como veremos enseguida, la incongruencia negativa no deba ser contemplada dentro del motivo de anulación de «haber resuelto los árbitros cuestiones no sometidas a su decisión». La segunda, que la función pacificadora de los árbitros permite dotar a su función decisoria de una mayor elasticidad, lo que supone un menor encorsetamiento de la potestad arbitral [así, por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) —Sala Primera— de 25 de octubre de 1982 (RJ\1982\5573) y de 17 de marzo de 1988 (RJ\1988\2212) o SAP de Madrid —Sección 9.ª— n.º 632/2004 de 17 de noviembre de 2004 (JUR\2005\6291)].

En desarrollo de la primera de las razones expuestas, conviene tener en cuenta la posible aplicación de los tipos de incongruencia procesal a la institución arbitral. La noción de *incongruencia positiva* es perfectamente adaptable al arbitraje y, además, el laudo podrá ser objeto de impugnación por este motivo. Es más, pudiera parecer, en principio, que es el único tipo de incongruencia admitido por el legislador como causa de impugnación de los laudos.

Mucho más problemática, en cambio, es la llamada *incongruencia negativa*, pues, si bien los árbitros están obligados a resolver todos los puntos que les fueron sometidos a su decisión, no es posible alegar la falta de pronunciamiento como motivo de nulidad, al amparo del artículo 41.1.c) LA [SAP de Madrid —Sección 8.ª— n.º 455/2005 de 23 de septiembre de 2005 (JUR\2010\211487), en contra, la insólita SAP de Barcelona —Sección 15.ª— n.º 519/2006 de 8 de noviembre de 2006 (JUR\2007\123330)].

Parecido a la llamada incongruencia omisiva es el caso de que en el laudo se contengan *disposiciones contradictorias*. La contradicción en el fallo produce como consecuencia una omisión de pronunciamiento. Sin embargo, en nuestra opinión, el tratamiento procesal de la incongruencia negativa y de la contradicción es diferente. En el primer caso, el laudo no es nulo. Los puntos que no hayan sido resueltos podrán ser integrados en un laudo complementario [artículo 39.1.c) LA] y, en último extremo, si lo anterior no se realizara, las cuestiones pendientes podrán ser objeto de un nuevo arbitraje o de un proceso judicial. En cambio, la contradicción da lugar a la nulidad del laudo; nulidad que, a nuestro juicio, podrá ser declarada por la vía del proceso de anulación, si bien no por el motivo de «haber resuelto los árbitros cuestiones no sometidas a su decisión» [artículo 41.1.c) LA] (porque la contradicción no es un caso de incongruencia y, además, no es un caso específico de incongruencia arbitral), sino por el motivo del artículo 41.1.d) LA (denuncia de los requisitos del laudo arbitral).

Por su parte, la *incongruencia mixta* sí es denunciable al amparo del motivo del artículo 41.1.c) LA, en tanto y en cuanto, este tipo de incongruencia supone una combinación de los dos tipos de incongruencia antes descritos. Es decir, si los árbitros deciden cuestiones distintas a las que les han sido sometidas están, de un lado, dejando de resolver cuestiones sometidas (incongruencia negativa) y resolviendo cuestiones no sometidas (incongruencia positiva).

Hemos de tener en cuenta que la LA no exige específicamente, como sí lo hace la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en el artículo 218.1, que los árbitros se pronuncien sobre todos los puntos sometidos a su decisión. No obstante, del artículo 21.1 LA —según el cual, la aceptación obliga a los árbitros «a cumplir fielmente su encargo»—, del artículo 37.4 LA —«el laudo deberá ser motivado»— y, sobre todo, del artículo 39.1.c) LA —acerca de la posibilidad de que las partes pidan el «complemento» del laudo— puede decirse que los árbitros deben pronunciarse sobre todas las cuestiones planteadas.

Para precisar más el alcance de la congruencia en el arbitraje, hemos de referirnos a continuación a las principales reglas hermenéuticas que deben inspirar la labor decisoria de los árbitros. La jurisprudencia ha optado normalmente por una interpretación amplia del contenido del convenio arbitral, aunque en ocasiones, pocas, no lo ha entendido así. En efecto, en numerosas sentencias se ha permitido a los árbitros realizar una interpretación no literal sino teleológica, buscando el espíritu o voluntad interna de los contratantes. Para juzgar la congruencia es preciso examinar si los árbitros se han atenido al sentido de las cláusulas del convenio, pero no aisladamente consideradas, sino por el conjunto de todas ellas [véase SAP de Barcelona —Sección 14.ª— de 16 de mayo de 2003 (JUR\2003\254634) con cita de las SSTS de 17 de marzo de 1988 (RJ\1988\2212) y de 17 de julio de 1990 (RJ\1990\10577)].

De gran importancia es el examen del problema relativo a las cuestiones instrumentales o derivadas de las principales que no constan en el convenio. En este punto, la jurisprudencia ha venido manteniendo una interpretación amplia al declarar, en estos casos, la inexistencia de extralimitación. En cualquier caso, ha de estarse a la interpretación más favorable para la conservación del negocio. A los efectos que nos interesan hay, pues, que tener en cuenta que los árbitros poseen unas amplias facultades interpretativas, de tal forma que el fin pacificador del arbitraje no sea menoscabado, ni se consideren puntos no sometidos a

la decisión, cuestiones instrumentales o derivadas, no sometidas expresamente a arbitraje por la voluntad de las partes. Así, la jurisprudencia ha admitido que se permitan variaciones entre el fallo y la controversia, con tal de que no se altere la cuestión principal, como las que se refieren a consecuencias lógicas de la controversia sometida a decisión de los árbitros. De lo anterior es ejemplo paradigmático la declaración sobre intereses [por ejemplo, STS —Sala Primera— de 10 de enero de 1989 (RJ\1989\99)].

Ha de tenerse en cuenta que la excepción consistente en que los árbitros se han excedido del ámbito de su competencia deberá oponerse tan pronto como se plantee, durante las actuaciones arbitrales, la materia que exceda de dicho ámbito. Si resultara justificada la demora podrá plantearse con posterioridad (*ex* artículo 22.2 LA).

El motivo de la «incongruencia arbitral» permite una anulación parcial si se cumple el requisito que se establece en el artículo 41.3 LA, cual es que las cuestiones anulables «puedan separarse de las demás» [STS —Sala Primera— de 22 de noviembre de 1990 (RJ\1990\9015)], lo cual significa que tales cuestiones han de tener sustantividad propia y no aparecer indisolublemente unidas a otras cuestiones. Ejemplos de lo anterior son el supuesto de la declaración de nulidad de los pronunciamientos sobre costas del arbitraje y, en ciertos casos, el de la posible anulación de la aclaración o complemento del laudo.

En suma, mediante el motivo del artículo 41.1.c) LA se puede denunciar lo que hemos denominado «incongruencia arbitral», cuya extensión no coincide con la procesal, y ello porque el único fundamento de la congruencia arbitral radica en el principio dispositivo, sin que quepa aquí traer a colación el denominado principio de exhaustividad de la sentencia. Por lo tanto, el laudo podrá ser anulado (total o parcialmente) si los árbitros hubieran resuelto puntos no sometidos a su decisión, o por haber resuelto puntos distintos a los sometidos (incongruencia positiva y mixta, respectivamente). No entra, en cambio, como hemos

dicho, dentro del motivo de la incongruencia arbitral el fenómeno de la llamada incongruencia «negativa» por falta de pronunciamiento, ni tampoco podrá la Audiencia Provincial pronunciarse sobre puntos no resueltos.

(Autor: Rafael Hinojosa Segovia. Profesor Titular de la U. Complutense de Madrid. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS*:* Álvarez Sánchez de Movellán, Pedro. *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*. Granada: Editorial Comares, 1996, pp. 277-293. Cadarso Palau, Juan. «Comentario al artículo 41 de la Ley de Arbitraje». En *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003.* González Soria, Julio (Coord.). Navarra: Thomson-Aranzadi, 2004, pp. 424-426. Claros Alegría, Pedro. «De la anulación y de la revisión del laudo». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje, Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003*. Hinojosa Segovia, Rafael (Coord.). Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008, 2ª Ed., pp. 252-254. Hinojosa Segovia, Rafael. «De la anulación y revisión del laudo artículos 40-43)». En *Comentario a la Ley de Arbitraje*. Muñoz, Alberto de Martín y Santiago Hierro Anibarro (Coord.). Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 529-531. Hinojosa Segovia, Rafael. *El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. (Estudio jurisprudencial)*. Madrid: Edersa, 1991, pp. 401-450. Merino Merchán, José F. y José M.ª, Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson-Cívitas, 2006, 3.ª Ed., pp. 701-707.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Control judicial (del arbitraje). Corrección, aclaración y complemento del laudo. Impugnación del laudo arbitral. Incongruencia *extrapetitum*. Jurisprudencia arbitral. Laudo. Objeto (del procedimiento arbitral).

Indagación razonable

El concepto de la «*indagación razonable*» está íntimamente vinculado al derecho de defensa de las partes en el proceso arbitral y, más concretamente, a las comunicaciones y notificaciones que deben efectuarse en el seno del proceso.

La Ley de Arbitraje española (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003), directamente inspirada en la Ley Modelo UNCITRAL, recoge una serie de garantías mínimas que deben respetarse en un proceso arbitral para asegurar que el laudo que se dicte pueda ser reconocido como eficaz por los tribunales que deban ejecutarlo.

Sin perjuicio de respetar la voluntad de las partes en cuanto a la forma en que las mismas reconocen como válidas los actos de comunicación que reciban de los árbitros, lo cierto es que es frecuente que no sea sencillo en ocasiones localizar una dirección o medio en el que se pueda notificar a una de las partes el inicio o pendencia del proceso. En tales casos, entrarían en colisión el derecho de una de las partes a la tutela arbitral, es decir, a iniciar el proceso y a obtener un laudo sobre el fondo, y por otra parte, los derechos procesales mínimos de la otra parte, que debe ser debidamente notificada de la existencia del proceso arbitral, para así tener oportunidad de defenderse y hacer valer sus derechos.

Centrada así la cuestión, debemos acudir a la Ley n.º 60/2003, la cual dispone en su artículo 5, bajo la rúbrica «Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos» lo siguiente:

> Salvo acuerdo en contrario de las partes y con exclusión, en todo caso, de los actos de comunicación realizados dentro de un procedimiento judicial, se aplicarán las disposiciones siguientes:
> […]
> d) Toda notificación o comunicación se considerará recibida el día en que haya sido entregada personalmente al destinatario o en que haya sido entregada en su domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección. Asimismo, será válida la notificación o comunicación realizada por télex, fax u otro medio de telecomunicación electrónico, telemático o de otra clase semejante que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos dejando constancia de su remisión y recepción y que hayan sido designados por el interesado. En el supuesto de que no se descubra, tras una indagación razonable, ninguno de esos lugares, se considerará recibida el día en que haya sido entregada o intentada su entrega, por correo certificado o cualquier otro medio que deje constancia, en el último domicilio, residencia habitual, dirección o establecimiento conocidos del destinatario.

Según la Exposición de Motivos de la propia Ley n.º 60/2003, estas reglas se aplican «tanto a las actuaciones tendentes a poner en marcha el arbitraje como al conjunto de su tramitación», con lo que sería igualmente aplicable a aquellos casos en los que una de las partes en litigio ha sido notificada del inicio del arbitraje o tramitaciones siguientes, pero en algún momento se convierte en ilocalizable.

Esta misma referencia a una indagación razonable aparece también en la Ley Modelo UNCITRAL, en su artículo 3.

Como es evidente, el principal problema que plantea el precepto transcrito es saber cuándo se puede entender que el árbitro ha efectuado una indagación razonable acerca del medio o lugar dónde practicar las notificaciones y, por tanto, se puede dar por debidamente intentada dicha notificación, sin merma del derecho de defensa de la parte en cuestión.

En nuestra opinión, al matizar la Ley que la indagación que debe hacer el árbitro debe ser «razonable», está indicando que no se apunta a una indagación absoluta y omnicomprensiva por todos los medios que sean imaginables en la práctica, pues no dejamos de estar ante un deber impuesto legalmente al árbitro para evitar situaciones de indefensión, pero también el abuso de derecho que puede generar una de las partes a través de la «rebeldía por conveniencia». Algunos autores, como Olivencia Ruiz, consideran suficiente que el árbitro se cerciore de que el lugar donde se ha intentado efectuar la comunicación coincide con el que consta en el convenio, contratos, o registros públicos, sin perjuicio de la colaboración que puede prestar la parte contraria en el proceso arbitral. Para dicho autor, lo que exige la Ley al árbitro es una especial diligencia en la realización de actos de comunicación (como expresa la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias de 17 de noviembre de 2003).

No faltan precedentes judiciales que limitan considerablemente dicha «indagación razonable», limitándose, por ejemplo, al domicilio que figura en el contrato donde consta el convenio arbitral (*v.gr.*, auto dictado por

la Audiencia Provincial de Madrid de 10 de abril de 2008) o considerando que bastan dos intentos de notificación para entender garantizados los derechos de la parte que debe ser notificada (Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid de 16 de enero de 2006. Dispone el Fundamento de Derecho Tercero: «...que constando en los autos los dos intentos de notificación practicados, una en el domicilio que figura en el convenio arbitral, como de la impugnante, mediante carta certificada con acuse de recibo remitida por conducto notarial, y otra en diferente domicilio, a través de burofax, con acuse de recibo la falta de efectiva notificación sólo aquél le es imputable, por lo que no cabe exigir otra conducta a los efectos de notificar la existencia del procedimiento arbitral». En el presente caso constando en los autos que se remitió el día 17 de febrero de 2004 un burofax con acuse de recibo al domicilio de la parte impugnante que se hizo constar en el contrato, y una segunda notificación al domicilio real y actual de la parte impugnante que no fue entregada, aunque se dejó el correspondiente aviso postal, ha de entenderse de acuerdo con la doctrina expuesta anteriormente, con relación al artículo 5 de la Ley de Arbitraje, que se desplegó una diligencia razonable para comunicar la existencia del procedimiento arbitral a la parte impugnante, y sólo a ella es imputable tal falta de comunicación y conocimiento de dicho procedimiento, en base a la interpretación que debe darse a las comunicaciones intentadas en base al artículo 5 de la Ley de Arbitraje»).

Es de necesaria cita el «Acuerdo no jurisdiccional de los Magistrados de las Secciones Civiles de la Audiencia Provincial de Madrid, reunidos en Junta celebrada el 28 de septiembre de 2006 para la unificación de criterios en la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil n.º 1/2000», en el que unifican criterios sobre la notificación del laudo por correo certificado y exigencias de la «indagación razonable».

En dicho Acuerdo, los Magistrados disponen lo siguiente:

A) Cabe la notificación del laudo en el «domicilio, residencia habitual, establecimiento o dirección» del interesado sin necesidad de que sea recogida por el propio interesado.

B) La notificación del laudo ha de realizarse por medio que acredite la recepción en el domicilio del destinatario precisamente del laudo cuya ejecución se pretende, sea por la intervención de notario que acredite el contenido del envío, sea por utilizar burofax con acuse de recibo u otro medio que deje constancia del contenido de la comunicación y de su recepción.

C) La indagación razonable sobre el domicilio debe ser evaluada en atención a las circunstancias de cada supuesto, pero en todo caso deberá contemplar la indagación en los registros públicos de los que se pueda extraer algún dato que permita localizar el domicilio o residencia del interesado. (Acuerdo adoptado por unanimidad).

Por tanto, dicho Acuerdo nos puede servir de pauta para considerar que hay o no una diligencia por parte del árbitro en la indagación razonable, exigiéndose siempre la consulta de los registros públicos y la debida forma en la comunicación, pero sin perjuicio de atender a las circunstancias de cada caso concreto.

En conclusión, la indagación razonable encierra en realidad y constituye una carga que pesa sobre el árbitro para velar por la pureza de los derechos elementales y principios esenciales de audiencia, defensa y contradicción, evitando al mismo tiempo situaciones provocadas de indefensión. En dicho juego de intereses a proteger, el árbitro debe mostrar su mayor diligencia, según el caso concreto, sin atenerse a criterios apriorísticos como el número de intentos de comunicación o fuentes donde buscar los posibles domicilios, aunque en todo caso, revisando la información contenida en la documentación en su poder —como contratos y convenio—, la información de fácil acceso público —como es el caso de registros públicos—, así como aceptando la colaboración de la parte contraria.

(Autor: Jorge Mas Taladriz. Davies Arnold Cooper Abogados, Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Lorca Navarrete. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre.* San Sebastián: Ed. Instituto Vasco de

Derecho Procesal, 2004. González Soria (Coord.). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003»*. Navarra: Ed. Thomson Aranzadi, 2004. *Revista Vasca de Derecho Procesal (Instituto Vasco de Derecho Procesal, www.leyprocesal.com).* Merino Merchán y Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral.* Madrid: Ed. Thomson-Cívitas, 2008. Verger Grau. «La rebeldía en el arbitraje». *Anuario de Justicia Alternativa,* febrero del 2001.

VOCABLOS CONEXOS: Rebeldía por conveniencia. Notificaciones. Ejecución del laudo. *Exequatur* de laudo extranjero. Orden público. Inejecutabilidad del laudo.

Indefensión (ver «Orden Público»)

Independencia del árbitro

Las nociones de independencia, imparcialidad y neutralidad, predicadas o exigidas de cualquier persona con poder para enjuiciar (juez, árbitro), no son sinónimos ni son intercambiables, aunque a menudo se usan indistintamente.

Las Reglas de Ética para Árbitros Internacionales de la IBA (*XII Yearbook: Commercial Arbitration*, 199-202) realizan una delimitación de los dos primeros conceptos. Según el articulo 3, «la *parcialidad* surge cuando un árbitro favorece a una de las partes o tiene prejuicios en relación con la materia objeto de la controversia. La *dependencia* surge de las relaciones entre el árbitro y una de las partes, o con alguien estrechamente conectado con alguna de las partes».

La independencia es la calidad de estar libre de la influencia, la orientación o el control de terceros. El término independencia implica la inexistencia de interés o de presión sobre el «enjuiciador» que pueden influir en su libre decisión.

La independencia no puede confundirse con la imparcialidad. A diferencia de la imparcialidad, que es un estado mental, la independencia

es una situación de hecho. Sin embargo, la imparcialidad se basa en una presunción de independencia.

La independencia se fundamenta principalmente en las relaciones (o más bien la ausencia de relaciones) del árbitro con las partes o con terceros. Estas relaciones pueden ser *familiares* (esposa, padres, hijos, primos); *profesionales* (por ejemplo, cuando el árbitro ha actuado como abogado, empleado o asesor de alguna de las partes); de *negocio* o *financieras* (cuando el árbitro tiene un cargo, ejecutivo o no ejecutivo, o es parte en una transacción comercial con una de las partes del arbitraje; o *personal* (tanto una relación continuada con una parte o un incidente individual, como en el caso de un árbitro que compartió una habitación del hotel con la abogada de una de las partes. El grado y, por tanto, la influencia de dichas relaciones, varían con el tiempo, el espacio y el lugar.

La independencia y la imparcialidad han sido reconocidas por todos los instrumentos internacionales de carácter universal (el Convenio Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, los Principios Básicos de la Independencia Judicial de 1985, las Directrices sobre la Función de los Fiscales de 1990 y los Principios Básicos de la Función de los Abogados de 1990); los instrumentos regionales (como la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, el Convenio Americano de Derechos Humanos de 1969) y la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y la Recomendación del Consejo de Europa n.º R (94) 12 del Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la Independencia, Eficiencia y Misión de los Jueces.

(Autor: Ramón Mullerat. Ex Presidente del Consejo de Colegios de Abogados de la UE. KPMG Abogados Barcelona).

Ineficacia del convenio arbitral

La ineficacia del convenio arbitral puede venir dada por tres motivos distintos: invalidez, cesación de efectos e inexactitud o error.

En primer lugar, el convenio arbitral ha de ser válido para ser eficaz, ya que los efectos característicos del mismo no podrían producirse si éste fuese nulo. Para determinar la ineficacia por invalidez, habrá que tener en cuenta cuatro problemas: quién se pronuncia sobre la invalidez, con arreglo a qué ley, en qué momento y con qué efectos.

Los sujetos que pueden declarar la ineficacia del convenio arbitral por entender que es inválido, son los árbitros, en cuyo caso habrán de declararse incompetentes, dejando expedita la vía judicial; o, por el contrario, si entienden que el convenio es válido y eficaz, fundamentarán en ello su competencia para seguir con el procedimiento. La validez del convenio es el presupuesto de la competencia de los árbitros y su examen es la primera cuestión a abordar por ellos, dentro del ejercicio de la *kompetenz-kompetenz.* La tendencia seguida por el arbitraje internacional es reconocer a los árbitros la competencia sobre su propia competencia y, en consecuencia, el poder para examinar *prima facie* la validez del convenio arbitral; sin perjuicio de que, reconocida ésta y siguiendo el arbitraje su curso hasta el laudo, puedan intervenir en algún momento los tribunales ordinarios, ante una eventual acción de anulación, o en sede de reconocimiento y ejecución del laudo arbitral.

Para conocer con arreglo a qué ley los tribunales ordinarios deberán verificar la validez del convenio hay que distinguir su doble vertiente, por un lado como presupuesto de reconocimiento o ejecución de un laudo arbitral y, por otro, en sí mismo considerado, como requisito para admitir la exclusión de la jurisdicción ordinaria para conocer de una controversia. En el primer caso, la determinación del Derecho aplicable resulta clara por las conexiones establecidas, mientras que en el segundo, ante la laguna del Derecho convencional, cabe adoptar tres

actitudes: determinar que la comprobación de la nulidad, ineficacia o inaplicabilidad del convenio se haga a la luz de la ley que establezca el sistema conflictual del foro; determinar que es aplicable la ley que se establece para el convenio como presupuesto de reconocimiento y ejecución del laudo, es decir, la ley de autonomía y subsidiariamente la ley de la sede arbitral; o aplicar directamente una norma material en lugar de una norma de conflicto.

La declaración de ineficacia del convenio arbitral por invalidez puede emitirse antes o después de que el tribunal arbitral esté constituido, pero lo relevante es que la excepción esté planteada en tiempo y forma dentro del procedimiento respectivo.

El efecto derivado de la declaración de ineficacia del convenio arbitral por invalidez tiene una doble perspectiva. Por un lado, determinará la incompetencia del tribunal arbitral para resolver la controversia que se les había planteado, quedando expedita la vía judicial; y por otro, implicará el otorgamiento de competencia a los jueces y tribunales ordinarios para entrar a conocer el fondo del asunto que en principio se había atribuido a los árbitros.

El segundo motivo de ineficacia del convenio arbitral es que se hayan extinguido sus efectos, por lo que éste resultaría inoperante. Esta situación puede darse como consecuencia de (i) renuncia expresa (mutuo disenso) o tácita, ya que siendo el convenio un contrato, le afectan en principio las causas de ineficacia que se imputan a esta categoría jurídica; (ii) novación, siempre que la misma opere exclusivamente sobre el arbitraje pactado, lo que equivale a una renuncia del mismo; (iii) caducidad por transcurso del plazo dictado para el arbitraje por disposición del Derecho aplicable; (iv) extinción, bien sea de la controversia, bien de la relación jurídica de la que ésta deriva; (v) inoperatividad, el convenio deviene ineficaz por no poderse cumplir con las condiciones establecidas en la cláusula, a falta de mecanismos legales, reglamentarios

o convencionales específicos; (vi) rechazo de la institución arbitral en el arbitraje institucionalizado, o de los árbitros, en general.

Por último, la ineficacia por insuficiencia o inexactitud, ambigüedad o error en el contenido del convenio arbitral da lugar a que la cláusula compromisoria pueda ser calificada como patológica.

Una cláusula arbitral es patológica cuando no puede cumplir las cuatro funciones que le son esenciales: producir efectos obligatorios entre las partes; apartar la intervención de los tribunales estatales, al menos antes del laudo; conferir a los árbitros el poder de fallar las controversias; y permitir la puesta en marcha de un procedimiento en las mejores condiciones de eficacia hasta que se dicte un laudo.

Entre los errores más frecuentes que afectan a convenios arbitrales se pueden destacar los siguientes ejemplos: cláusula en blanco, cláusula de arbitraje futuro, designación errónea de la institución de arbitraje, localización errónea de la institución, inexistencia de la forma de designación del tercer árbitro, forma de designar al árbitro contraria al reglamento de la institución, imprecisión en cuanto a la voluntad de las partes de recurrir al arbitraje propiamente dicho, coexistencia del arbitraje con otro medio de solución de conflictos o fijación de plazos que hacen imposible en la práctica el arbitraje.

(Autores: Pedro Claros Alegría. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Claudia Velasco Papineschi. Abogada Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Chillón Medina J.M. y J.F. Merino Merchán. *Tratado de arbitraje privado interno e internacional*. Madrid: Editorial Cívitas.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Cláusulas patológicas. Convenio arbitral. *Kompetenz-kompetenz*.

Inejutabilidad del laudo (Ver «Ejecución del laudo»).

Informe *Kees van Raad*

El profesor Kees Van Raad publicó en el año 2001 una interesante propuesta sobre coordinación internacional en materia de interpretación y aplicación de los Convenios para evitar la doble imposición (trabajo que dedica a su colega Klaus Vogel).

Dicho profesor, analiza los problemas genéricos y específicos que surgen en la interpretación y aplicación de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI). Entre los principales problemas genéricos destacan tres: *a)* que las reglas de los Tratados no están siempre lo suficientemente claras; *b)* otra razón por la que pueden existir distintas interpretaciones del CDI entre dos Estados implicados es debido a que un término determinado no haya sido definido en el propio Tratado; *c)* dos países integrantes de un CDI pueden atribuir un concepto distinto de ingreso o tributación a distintos individuos o empresas.

En esencia, la propuesta de Kees Van Raad pretende crear un cuerpo supranacional de expertos en materia de fiscalidad internacional para resolver los problemas de interpretación y aplicación de los CDI.

Es importante subrayar que dicho órgano sería de *naturaleza consultiva* y no propiamente arbitral, creado con el fin de que las instituciones competentes de los Estados (tribunales, autoridades, etc.) pudieran consultar la opinión de este órgano en los supuestos indicados.

Literalmente su propuesta es la siguiente:

> Se propone que un panel (abanico) de expertos independientes en Convenios Fiscales sea establecido para formalizar una opinión —a solicitud de tribunales y autoridades competentes (y quizá en una eta-

> pa posterior a requerimiento también de contribuyentes y autoridades fiscales)— sobre la interpretación de una determinada disposición de un Tratado y su aplicación en el caso considerado.

(En inglés: «*It is proposed that a panel of independent tax treaty experts be established to submit upon the request of courts and competent authorities (and perhaps also, at a later stage, of taxpayers and tax authorities) an opinion on the interpretation of a given treaty provision and its application to the case under consideration». International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application, Intertax*, volume 29, Issues n.os 6-7, pp. 213-214).

1. Establecimiento de un cuerpo supranacional

El profesor Van Raad pone de manifiesto el hecho de que desde 1920 ha habido sugerencias para establecer una Corte Fiscal Mundial. Esta Corte establecería disposiciones basadas en la interpretación de las disposiciones de los CDI que sobresaldrían por encima de los Tribunales Nacionales.

Los intentos para establecer una corte de este tipo han fallado porque los Estados no quieren perder parte de su soberanía fiscal.

Por supuesto, durante muchas décadas los Estados han utilizado los procedimientos amistosos con éxito para resolver sus diferencias en la interpretación y aplicación de los CDI en casos individuales en referencia con la doble imposición.

1.1. Naturaleza del Órgano

A partir de las lecciones que cabe extraer de la experiencia del *EC Arbitration Convention,* K. Van Raad se plantea que el cuerpo internacional supranacional no debería ser de forma obligatoria en materia de fiscalidad internacional sino que debería ser relegado —al menos en una primera instancia— a la iniciativa de los Estados implicados. Además,

las opiniones manifestadas por este órgano deberían ser no vinculantes —al menos en la fase inicial—.

1.2. Legitimación

Partes a las que se les debería autorizar a solicitar la opinión del órgano supranacional.

En una primera fase la legitimación la tendrían los tribunales que conocen de las discrepancias en materia de CDI y las autoridades competentes en un procedimiento amistoso, para solicitar una opinión a expertos independientes.

En una fase posterior, cuando se haya ganado experiencia a partir de las preguntas de tribunales y autoridades competentes, se podrá decidir si se extiende este derecho a contribuyentes y autoridades fiscales. Cada uno de estos agentes legitimados podría estar interesado en obtener una opinión —en ningún caso vinculante— sobre casos que todavía no hayan sido juzgados.

Además se podría diseñar un procedimiento especial para solicitar a la otra parte que presente alegaciones opuestas a la parte demandante. De esta manera el panel de expertos tendría el beneficio de disponer de información contrastada.

1.3. Miembros del panel de expertos

Los miembros del panel deberían ser individuos con reconocimiento internacional como expertos en tratados fiscales. Podrían ser académicos con experiencia en cuestiones prácticas de fiscalidad internacional. También profesionales reconocidos versados en interpretación de CDI deberían poder ser promocionados como miembros de este panel.

Pero, no deberían promocionarse como miembros del mismo a personas que estén en activo en actividades gubernamentales de los distintos Estados implicados.

1.ª FASE: Los Estados ganarían experiencia con paneles de carácter bilateral. Para que sean eficaces y tengan un presupuesto modesto los paneles deberían estar compuestos con tres miembros. Dos de ellos pertenecerían a los paneles bilaterales de cada uno de los países y de común acuerdo se podría elegir un tercer experto de un tercer Estado.

2.ª FASE: Se pasaría de un sistema donde solamente dos países están representados (los que están en conflicto) a un panel multilateral con un mayor número de miembros de entre los cuales para cada caso se seleccionaría a tres miembros los cuales prepararían la opinión (ponentes) que puede ser aceptada por el panel completo.

Para asegurar que el contexto interno de las legislaciones domésticas se ha entendido correctamente por el panel, podría favorecerse el asesoramiento al panel por parte de informadores familiarizados con las leyes fiscales internas cuyos tratados sean cubiertos por el panel.

1.4. Publicación

Uno de los objetivos más importantes de los paneles de expertos es conseguir la uniformidad en la interpretación de las disposiciones idénticas de los CDI. Con este propósito las opiniones del panel deberían ser publicadas. Sería útil a tal efecto preparar un formato estándar en lengua inglesa.

1.5. Financiación

Por razón de reconocimiento y continuidad parece importante que el panel opere bajo el paraguas de una organización internacional. De manera ideal esta organización debería financiar las actividades del pa-

nel: sede, oficina, salario, personal, etc., dando respuesta a la pregunta: ¿quién va a pagar el coste? Si la carga financiera recae sobre la parte peticionaria, ello limitaría mucho su utilización. Por ello, para dar al panel una oportunidad de demostrar su utilidad como mínimo en los años iniciales el umbral debería ser tan bajo como fuera posible.

Dado que el Modelo de Convenio de la OCDE es el que siguen la mayoría de los CDI y también algunos Estados no miembros de esta organización, la OCDE sería una organización adecuada para dar soporte al panel de expertos.

Una solución alternativa es la Comunidad Europea. Este órgano tiene dos ventajas:

a) En el Tratado de la Unión Europea (artículo 293) se prescribe que todos los miembros deben perseguir la eliminación de la doble tributación.

b) Esta disposición da a los Estados miembros poder suficiente para sortear las barreras legales internas.

Quizá en etapas posteriores, las Naciones Unidas o la Organización Mundial del Comercio podrían ser consideradas para albergar al panel de expertos.

(Autora: Eva Andrés A. Profesora titular de Derecho Tributario/U. de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Kees Van Raad. *International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application. Intertax*, vol. 29, issues 6-7, pp. 213-214.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje tributario. Convenio de doble imposición. Informe *Lindencrona* y *Mattsson.*

Informe *Lindencrona* y *Mattsson*

La tesis de los autores Lindencrona y Mattsson data de principios de los años 80 del siglo XX (Lindencrona, Gustaf y Nils Mattsson. *Arbitration in Taxation*. Deventer: Kluwer, 1981).

Contiene una propuesta sobre mecanismos de resolución de conflictos alternativos al procedimiento amistoso, para resolver contiendas de naturaleza tributaria de ámbito internacional.

En particular, se aboga por la introducción del arbitraje en materia de fiscalidad internacional. Su aplicación tendría lugar en defecto de acuerdo entre los Estados para dirimir las controversias tendentes a evitar la doble imposición internacional.

Sus autores realizaron (junto con Francke) una proposición de *lege ferenda* con la esperanza de que ésta se incluyera a modo de cláusula en el Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE (MC OCDE), con el siguiente texto (presentada en el Congreso de la IFA, 1981, Berlín):

> Si uno de los Estados contratantes es de la opinión que uno de sus residentes —debido a diferencias de opinión entre los Estados contratantes respecto a la interpretación o aplicación de este convenio— no ha tributado según el propio tratado, podrá, si la solución no ha sido encontrada por otros medios, requerir el recurso al arbitraje para solucionar dicha controversia. El arbitraje será iniciado mediante un requerimiento ante el Instituto Internacional de Arbitraje en materia fiscal con sede en Estocolmo, sometiéndose a las reglas del mismo. El laudo será vinculante para los Estados contratantes.

(Texto original: *«If one of the Contracting States is of the opinion that one of its residents has, due to a difference of opinion between the Contracting States as to the interpretation of application of this Convention, not been taxed according to this Convention it shall, if a solution has not been found by other means, call for arbitration for settlement of this dispute. The arbi-*

tration procedure is initiated by a request for arbitration to the International Institute for Arbitration in Tax Disputes in Stockholm and shall follow the rules of that institute. The award shall be binding on the Contracting States»).

Las principales notas definitorias de la propuesta Lindencrona-Mattson son:

1. Naturaleza del arbitraje

Se concibe como una solución alternativa de resolución de conflictos.

2. Requisitos objetivos

a) Sólo se puede acudir al arbitraje habiéndose agotado otras vías para alcanzar el acuerdo.

b) El arbitraje podría ser utilizado para resolver cualquier cuestión en materia de fiscalidad internacional, no limitado, pues, a los conflictos derivados de la aplicación de los precios de transferencia.

c) En tales casos los Estados deberían hacer uso del arbitraje.

3. Requisitos subjetivos

a) El órgano encargado de dictar el laudo arbitral sería un *Instituto internacional para el Arbitraje de Conflictos Tributarios*, con sede en Estocolmo, creado por Naciones Unidas, Instituto que garantizaría una resolución uniforme de los problemas.

b) El procedimiento se iniciaría por los Estados no pudiendo el contribuyente iniciarlo, quien no obstante podrá tomar parte a través de su comparecencia o bien a través de la presentación de alegaciones y documentación relevante.

c) La decisión del Instituto Internacional tendría carácter vinculante tanto para los Estados como para los particulares, no habiendo recurso a la misma.

4. Requisitos procedimentales

a) Debe existir una garantía de independencia de los árbitros.

b) Diversidad de nacionalidades de los árbitros.

c) Publicidad de los actos emitidos por dicho Instituto Internacional para el Arbitraje de asuntos de fiscalidad internacional.

5. Financiación

a) El Instituto Internacional para el Arbitraje de Conflictos Tributarios debería ser creado por Naciones Unidas para darle la categoría de órgano supranacional.

b) La *financiación* de las distintas contiendas específicas entre los Estados serían asumidas de forma proporcional por parte de los Estados participantes.

6. Resultados

La OCDE no consideró recomendable para su adopción la propuesta Lindencrona-Mattson, declinando su inclusión en el Modelo de Convenio de la OCDE.

En los años posteriores a que autores realizaran su propuesta (a la que sucedieron otros eminentes informes de distintas organizaciones y autores) los Convenios de Doble Imposición fueron incorporando cláusulas arbitrales. No obstante, el propio Lindencrona ya denunciaba que se trataba de cláusulas donde prima la prudencia de los Estados, al no

contemplarse en la gran mayoría el arbitraje como un mecanismo obligatorio, ni tampoco haberse determinado un límite de tiempo para que los Estados lleguen a un consenso.

Habría que esperar hasta el año 2008 para ver incluida una mención de la cláusula del arbitraje obligatorio en el MC OCDE. Así, la versión del MC OCDE del 2008, haciéndose eco de las principales conclusiones del Grupo de Trabajo de la OCDE (creado por el Comité de Asuntos Fiscales de dicho Ente para mejorar la eficacia del procedimiento amistoso y analizar la inclusión de mecanismos alternativos), introduce en el artículo 25 una cláusula de arbitraje obligatorio para aquellos problemas pendientes de resolución concluidos dos años. Amén de ello se incluye una propuesta de procedimiento arbitral que los Estados podrán, en su caso, decidir acatar.

(Autora: Eva Andrés A. Profesora Titular de Derecho Tributario/U. de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Lindencrona, Gustaf y Nils Mattsson. *Arbitration in Taxation*. Deventer: Kluwer, 1981. Lindencrona, G. y N. Mattsson. *«How to resolve international tax disputes? New approaches to an old problem». Intertax* n.º 5, 1990. Lindencrona, G. *«Recent development of tax treaty arbitration».* En *Resolution of tax treaties 1993 during the 47th Congress of the International Fiscal Association*. Deventer: Kluwer International Law, vol. 18, 1994, pp. 3-4. Francke, J., G. Lindencrona y N. Mattsson. *Informe nacional de Suecia*. Congreso de la *International Fiscal Association*. Berlín, 1981. Chetcuti, Jean Philippe. *«Arbitration in International Tax Dispute Resolution»,* 2001, http://www.chetcuticauchi.com/jpc/research/tax-arbitration.htm, consultado en fecha 10 de junio de 2010. Hinnekens, L. *«Different interpretation of the European Tax Arbitration». EC Tax Review*, n.º 4, 1998. Goen, G. *Arbitration in bilateral tax treaties». Intertax,* n.º 30, 2002. Pistone, P. *«Time for Arbitration in International taxation». Intertax,* vol. 33, issue n.º 3. Deventer: Kluwer International, 2005. Ribas Ribas, A. *Convenios para evitar la doble imposición internacional: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 2003. Rosembuj, T. *El arbitraje fiscal internacional*. Barcelona: Ed. El Fisco, 2010. Schelpe, D. *«The arbitration Convention: its origin, its opportunities and its waknesses».* En *EC Tax Review*, n.º 2, 1995.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje tributario. Convenio de doble imposición.

Inicio del arbitraje (ver «Comienzo del arbitraje»)

Inmunidad del Estado

El estatuto internacional del Estado está caracterizado por la nota de la soberanía, clásicamente definida como plenitud de poder. Esta nota esencial corresponde a todos los sujetos originarios del Derecho Internacional.

Con independencia de las discusiones acerca de la naturaleza política o jurídica de la soberanía, lo cierto es que impide el sometimiento del Estado soberano a ningún otro Estado o poder superior. Así, el Derecho Internacional se erige como la única sujeción aceptada, facilitada por ser el Estado participante en la elaboración de sus normas y protagonista principal de su aplicación.

Esta nota de igualdad soberana comporta que en ningún caso sea posible admitir que un Estado pueda verse demandado ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado, pues implicaría someter un Estado soberano a la voluntad de otro. Por ello, en caso de que un tribunal de un Estado procediera a abrir un procedimiento contra un Estado extranjero, éste deberá alegar en todo caso la excepción procesal de *inmunidad de jurisdicción,* que desencadenará la incompetencia de los tribunales estatales para juzgar la actuación de otro Estado.

Ésta es la primera manifestación de la inmunidad del Estado, que se complementa con *la inmunidad de ejecución*, que implica que el Estado extranjero ni sus bienes pueden ser objeto de medidas de ejecución por los órganos judiciales o administrativos de otro Estado.

En un sentido amplio, esta inmunidad del Estado se complementa con otra, distinta pero relacionada. Se trata de la inmunidad que gozan ciertos órganos del Estado y su personal.

En relación con la inmunidad de jurisdicción y de ejecución nos encontramos ante normas consuetudinarias formadas o reforzadas por los propios órganos judiciales de los Estados. Su origen se halla en la práctica judicial estatal que enlaza con la inmunidad tradicionalmente reconocida al Soberano, resumida en la célebre la máxima *«The King can do no wrong»*.

En una etapa más reciente, ambas fueron recogidas en normas internas adoptadas sobre esta materia. Es el caso, por ejemplo, de España con la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2 de julio de 1985. Y sólo, muy tardíamente fueron objeto de codificación en el plano universal.

La Comisión de Derecho Internacional comenzó su labor codificadora en 1979, que culminó con la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 2 de diciembre de 2004. El texto no ha entrado todavía en vigor, si bien la mayor parte de sus disposiciones han de ser consideradas como expresión de las vigentes normas consuetudinarias.

Si tradicionalmente el Estado gozaba de inmunidad de jurisdicción absoluta, sus progresivas incursiones en ámbitos tradicionalmente propios de las actuaciones privadas (*actos ex iure gestionis*) comportaron la tendencia hacia restricciones de la inmunidad de jurisdicción, conservada intacta para los *actos ex iure imperii.*

Así, el principio general (artículo 5 de la Convención) sigue siendo la inmunidad de jurisdicción del Estado para sí y para sus bienes. No obstante, a continuación, se recogen toda una serie de excepciones que responden a los supuestos de carácter económico (transacciones mercantiles, propiedad, posesión, uso de bienes, propiedad intelectual e industrial, participación en sociedades, buques propiedad de un Estado o explotados por éste, efectos de un convenio arbitral); de protección

de algunos derechos de las personas (contratos de trabajo y lesiones a personas y bienes a daños).

En un proceso paralelo a la inmunidad de jurisdicción, tampoco en la actualidad se considera absoluta la inmunidad de ejecución, que opera igualmente como excepción procesal impidiendo la ejecución de la decisión en el caso de que el procedimiento se hubiera llevado a cabo. La Convención contempla dos excepciones a la regla general de la inmunidad de ejecución, con fundamento ambas en el consentimiento del Estado, ya sea de forma expresa, tácita o implícita. Se trata, por un lado, del consentimiento expreso del Estado y, por otro, del supuesto en el que el Estado haya asignado o destinado bienes a la satisfacción de la demanda objeto del proceso. A ellas se añade, en el caso de medidas coercitivas posteriores a la sentencia, la posibilidad de ejecución contra bienes que se utilizan específicamente o que se destinan por el Estado a fines distintos de los fines oficiales no comerciales y que se encuentran en el territorio del Estado del foro.

En todo caso, la Convención recoge con toda claridad una serie de bienes que en ningún caso (presunción *iuris et de iure*) pueden ser objeto de ejecución, por tratarse de bienes adscritos en todo caso a actos *ex iure imperio*. Se trata de los bienes, incluidas las cuentas bancarias utilizadas por las misiones diplomáticas y oficinas consulares, los bienes de carácter militar o utilizados en funciones militares, los bienes del Banco Central o de otra autoridad monetaria del Estado, los bienes que forman parte del patrimonio cultural del Estado y que no estén a la venta y los bienes que formen parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural e histórico que tampoco estén a la venta.

Dado que no resulta fácil hallar otros bienes del Estado que se encuentren en el territorio del foro, puede afirmarse que, pese a las excepciones a la inmunidad de ejecución, los intereses de los particulares en sus

relaciones jurídicas con un Estado extranjero gozan de muy escasa protección en la práctica.

Además del Estado, gozan igualmente de *ciertos privilegios e inmunidades específicas determinados órganos del Estado*, en concreto, los encargados del ejercicio de las relaciones con los otros sujetos del ordenamiento jurídico internacional. Así, el Jefe del Estado, el Presidente de Gobierno y el Ministro de Asuntos Exteriores, como órganos centrales y las misiones diplomáticas y misiones especiales, las representaciones permanentes ante organizaciones o conferencias internacionales, las oficinas consulares y las instituciones y servicios de la Administración en el exterior gozan de una serie de privilegios e inmunidades que permiten que ejerzan sus funciones de forma independiente. En el caso de los órganos en el exterior, que ejercen en gran medida su función en un Estado extranjero, estos privilegios e inmunidades están recogidos convencionalment, en el Convenio de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961, el Convenio sobre Relaciones Consulares de 1962, la Convención sobre Misiones Especiales de 1969 y el Convenio sobre las representaciones permanentes de los Estados ante las organizaciones internacionales de carácter universal, de 1975. En cambio, la protección de los órganos centrales tiene un carácter esencialmente consuetudinario, con independencia de que, habitualmente, viene recogida en las propias normas internas del Estado.

(Autor: M.ª Ángeles Cano Linares, Profesora de Derecho Internacional de la U. Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Andrés Sáenz de Santa María, Paz. «El estatuto internacional del Estado: la inmunidad soberana del Estado extranjero: (jurisdicción y ejecución)». *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, n.º 11, pp. 91-223. Chueca Sancho, Ángel Gregorio. «Inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero: una aproximación a la práctica española». *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1982, n º. 65, pp. 113-146. Díaz Barrado, Cástor. *El Derecho Internacional del tiempo presente*. Madrid: Dyckinson, 2004. Ferrer Lloret, Jaume.

«La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos». *Revista Española de Derecho Internacional*, 2007, vol. 59, n.º 1, pp. 29-63. Gutiérrez Espada, Cesáreo y M.ª José, Cervell Hortal. *El Derecho Internacional en la encrucijada*. Salamanca: Ed. Trotta, 2008. Aguado, Esther. «Inmunidad de jurisdicción del Estado y el derecho de acceso a un tribunal a propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Mcelhinney c/. Irlanda». *Anuario de Derecho Internacional*, n.º 18, 2002, pp. 347-387. Sánchez Patrón, José Manuel. «La inmunidad de ejecución de los bienes del Estado extranjero: el Caso Montasa/EE.UU.». *Revista Española de Derecho Internacional*, enero 2005, n.º LVII-1, pp: 171-185.

VOCABLOS CONEXOS: Eficacia ejecutiva del laudo arbitral. Ejecución del laudo. *Iure gestionis*.

Interrogatorio de testigos (ver «Examen de testigos»)

Iure gestionis

Los actos *iure gestionis*, por contraposición a los actos *iure imperii*, son aquellos actos de los Estados a los que el Derecho Internacional Público no reconoce inmunidad, como bien pueden ser las actividades comerciales del Estado o los contratos laborales de Embajadas o Consulados celebrados con trabajadores reclutados en el Estado receptor.

En el ámbito arbitral el tema de los actos *iure gestionis* se conecta con la posibilidad de que las cuentas o propiedades de un Estado que se encuentran en otro Estado (en el Estado donde se pretende la ejecución del laudo) puedan ser o no embargados en virtud de la ejecución de un laudo arbitral. A modo de ejemplo, si una instancia arbitral hubiere sentenciado contra un Estado y éste poseyera cuentas bancarias e inmuebles en otro Estado, bajo el concepto de *ius imperium*, tales cuentas o propiedades serían inembargables, tal como ocurriría, por ejemplo, o si las cuentas localizadas pertenecen a la recaudación consular por trámites de sus nacionales, si se tratara de un buque de gue-

rra o si los inmuebles localizados se corresponden con una Embajada o un Consulado. Pero, contrariamente a lo expuesto, si las cuentas bancarias del Estado contra el que se solicita que se ejecute un laudo en el territorio de un tercer Estado son utilizadas para actos privados, si se trata de un barco mercante no militar (de una empresa estatal), o si los inmuebles localizados son utilizados para ajenos a la cobertura de inmunidad que brinda el Derecho Internacional (como puede ser la compra de inmueble destinado al alojamiento de deportistas), entonces estos activos o bienes muebles o inmuebles son susceptibles de verse afectados en la ejecución del laudo.

(Autor: Jorge Luis Collantes González. Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

VOCABLOS CONEXOS: Inmunidad del Estado. Actos *ius imperii.*

Ius imperii (ver «*Actos ius imperii*»)

Ius variandi

En la contratación pública, se conoce por *ius variandi* al conjunto de prerrogativas en manos de las administraciones públicas para poder modificar los contratos por razones de interés público. A diferencia de la regla general de la invariabilidad de los contratos privados, en Derecho Público se faculta a una de las partes contratantes, concretamente a la Administración, para alterar el contenido contractual, siendo tal alteración obligatoria para el contratista siempre que se cumplan los requisitos materiales y formales que resultan de aplicación, por cuanto esta prerrogativa no es una atribución legal indiscriminada o de libre criterio, sino de aplicación restrictiva.

En cuanto a sus límites, el poder de variación precisa de expediente contradictorio con audiencia al contratista, de dictamen preceptivo del órgano consultivo administrativo, así como de la debida motivación de dicha modificación sobre los hechos y causas imprevistas que lo requieren, debiendo en cualquier caso estar fijados en los pliegos contractuales y en el propio contrato formalizado las condiciones, formales y sustantivas, de su legítimo ejercicio.

El *ius variandi*, como se acaba de indicar, precisa que el órgano de contratación tramite un expediente en el que la administración lo proponga y justifique documentalmente, previa audiencia al contratista y fiscalización del gasto que supone. Dentro del citado expediente, se ha venido considerando como documentos esenciales el informe jurídico favorable a la modificación, la fiscalización económica, el informe del organismo encargado del control presupuestario de la administración pública de que se trate, la memoria explicativa a cargo del Director facultativo de la obra o servicio contratado en la que argumente la desviación que motiva la variación, expresando las causas imprevistas en el pliego de prescripciones técnicas o en el proyecto correspondiente.

En cuanto a las exigencias de orden material, el *ius variandi* debe responder siempre a exigencias de interés público debidamente motivadas sobre hechos concretos, como quiera que dicho interés público no es sinónimo de libre voluntad de la Administración contratante. Perfeccionado el contrato administrativo, la Administración únicamente puede modificarlo por razones motivadas, justificadas y contrastadas, de interés público en sus elementos integrantes, y siempre que, además, tales causas sean en rigor imprevistas, justificándolo todo ello en el oportuno expediente. Así pues, sin causas imprevistas justificadas, o sin necesidades nuevas, no es posible modificar el contrato.

Respecto de las causas técnicas imprevistas, éstas no son sinónimo de imprevisiones del proyecto que se contrata, toda vez que éstas no pue-

den dar lugar al ejercicio del poder de variación, sino tan sólo aquellas causas que no pudieron preverse en el proyecto inicial, y si lo deben ser en su texto modificado.

De igual modo, los tribunales y la doctrina de los órganos consultivos han ajustado en los últimos tiempos el concepto de nuevas necesidades que motiva el *ius variandi*, al tener ahora que ser concretadas en cada caso de forma cumplida por parte de la administración pública, para evitar de esta manera que se solape bajo un *ius variandi* lo que debería ser una nueva contratación, sometida a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, entre otros.

Además, cuando la modificación supone, de forma aislada o conjuntamente, un incremento del contrato en más de un veinte por ciento de su precio de adjudicación inicial, determinadas legislaciones prevén la causa de resolución del contrato.

(Autor: Javier Junceda. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Internacional de Cataluña. Abogado).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Gallego Córcoles, I. «Ejercicio del *ius variandi*». En *Contratación Administrativa Práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, n.º 55, 2006, pp. 48-59. Rodríguez-Arana Muñoz, J. «La modulación del *ius variandi* a través del interés general como fundamento de las prórrogas de las concesiones de servicios públicos». *Revista Jurídica de Catalunya*, ISSN 0210-4296, vol. 88, n.º 1, 1989, pp. 175-182. Horgué Baena, C. *La modificación del contrato administrativo de obra: el ius variandi*. Madrid: Marcial Pons, 1997.

VOCABLOS CONEXOS: *Pacta sunt servanda.* Arbitraje de Estado. Arbitraje en la contratación pública. Contratos administrativos.

J

Juntas Arbitrales de Consumo

Desde la aprobación de la Ley General de Consumidores y Usuarios (LGDCU), escaso fue el margen de tiempo empleado por el gobierno para poner en práctica el sistema arbitral de consumo, si bien la única cobertura legal de dicho sistema era el artículo 31 de la citada Ley. En este sentido y, a pesar de la ausencia de una regulación precisa, el día 20 de mayo de 1986 dio comienzo la denominada «experiencia piloto», constituyéndose las tres primeras Juntas Arbitrales de Consumo en España, en tres ciudades de distinto tamaño: Madrid, Valladolid y Badalona. En esta etapa incipiente del sistema arbitral, las Juntas quedaron encuadradas dentro de las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (OMIC), de donde se desprende el marcado carácter municipal y administrativo de la mayor parte de las Juntas Arbitrales que se constituyeron con posterioridad.

En efecto, ya desde el inicio del sistema arbitral de consumo, en el que las Juntas Arbitrales venían funcionando con un Reglamento provisional, respetuoso con los principios básicos procedimentales y formales previstos con carácter general en la LGDCU y en la Ley de Arbitraje de 1988, la naturaleza jurídica de las mismas era jurídico-administrativa. En este sentido, y debido a que el establecimiento de un sistema arbitral de consumo era competencia del Estado, como ya destacaron las sentencias del TC n.º 15/1989 de 26 de enero de 1989 y n.º 62/1991 de 22 de marzo de 1991, se acudió a la técnica de la firma de convenios de colaboración entre el Instituto Nacional de Consumo (INC) y las Administraciones territoriales —autonómicas y locales— donde se creaban e integraban orgánicamente las Juntas Arbitrales. De este modo, es la Administración territorial de la que depende la Junta Arbitral la que debe dotarla de los medios personales y materiales para el desarrollo de sus funciones.

Transcurrida esta fase, un tanto experimental, de implantación y desarrollo del sistema arbitral de consumo, se fue haciendo necesaria una regulación normativa del mismo, pues como se ha comentado, las normas en torno a las cuales se sustentaba jurídicamente el arbitraje de consumo no constituían la base jurídica adecuada al mismo. Así se aprobó el ya citado RD n.º 238/2001, en donde se encuentran reguladas las Juntas Arbitrales de consumo.

Conforme a lo establecido en el artículo 5 del RD n.º 238/2001, las Juntas Arbitrales de consumo son órganos administrativos que se integran dentro del ámbito organizativo de la administración territorial que las crea. Por otro lado, se señala para el caso de las Juntas Arbitrales de Consumo, de ámbito municipal, de mancomunidad de municipios, provincial y autonómico, que las mismas se establecerán por la Administración General del Estado mediante acuerdos suscritos a través del Instituto Nacional de Consumo, con las correspondientes Administraciones Públicas.

La consecuencia jurídica fundamental de que las Juntas Arbitrales sean órganos administrativos integrados en el ámbito organizativo de una Administración territorial es la de que determinadas resoluciones que puedan adoptar y que produzcan efectos frente a terceros deben ser consideradas como actos administrativos y, por tanto, se encuentran sometidos al régimen jurídico propio de Derecho Administrativo recogido fundamentalmente en la Ley n.º 30/1992, de 26 de noviembre de 1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPC), y además, pueden ser objeto de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La composición de las Juntas Arbitrales se encuentra recogida en el artículo 7.1 del RD n.º 231/2001, señalando que están integradas por su Presidente y Secretario, puesto que deberán recaer en personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como por el personal de apoyo adscrito a dicho órgano.

Por otro lado, desde una perspectiva puramente organizativa, el RD n.º 231/2001 crea un nuevo órgano administrativo al que denomina Comisión de las Juntas Arbitrales de Consumo, que se encuentra adscrito al Instituto Nacional de Consumo y que tiene como finalidad esencial el establecimiento de criterios comunes y homogéneos para el Sistema Arbitral de Consumo y la resolución de los recursos que puedan darse frente a las resoluciones de los Presidentes de las Juntas Arbitrales de Consumo.

El RD n.º 231/2008 establece un doble procedimiento en el sistema arbitral de consumo. En primer lugar, establece un Capítulo III que lleva como rúbrica «De la formalización del convenio arbitral» que abarca de los artículos 24 a 32 y que es tramitado por la Junta Arbitral. Este procedimiento, que ha sido denominado por la doctrina como *procedimiento prearbitral*, tiene como principal objeto, en este tipo de arbitrajes institucionalizados o administrados, la preparación o formación del convenio arbitral, que va a ser el elemento que va a servir de base para la ulterior celebración del arbitraje propiamente dicho. La segunda parte del procedimiento arbitral, una vez formalizado el convenio arbitral, va a ser el sometimiento de la cuestión litigiosa al arbitraje, cuya resolución por el Colegio Arbitral va a dar lugar a la finalización del procedimiento, con la emisión del correspondiente laudo. Pues bien, mientras el procedimiento prearbitral es un procedimiento eminentemente administrativo, cuyo régimen jurídico debe ser el establecido en la LPC, el procedimiento arbitral *stricto sensu* va a ser un arbitraje en el que se van a resolver cuestiones de Derecho Privado y se van a seguir en cuanto a su tramitación normas procesales civiles.

Esta confusa interrelación de lo privado y lo público que establece el RD n.º 231/2008 es la que crea un halo de incertidumbre y desasosiego en el aplicador de este peculiar sistema arbitral, que en numerosas ocasiones desconoce o no acierta, con toda la razón, a interpretar cuál es el régimen jurídico que debe entenderse de aplicación en cada momento. Intentaremos despejar alguna de estas dudas a continuación,

si bien en algunos supuestos podrá apreciarse que las disfunciones que se crean con este sistema son en más de un caso de difícil o imposible solución.

El procedimiento prearbitral puede definirse como la sucesión de actos previos que integran una sucesión de trámites con la finalidad de obtener la administración de un arbitraje, por lo que puede configurarse como un procedimiento, en tanto que es previo y preparatorio del verdadero procedimiento arbitral.

En el arbitraje de consumo la finalidad esencial del procedimiento prearbitral es la formación del convenio arbitral. Éste va a ser el soporte que va a servir de base para la celebración del procedimiento arbitral, ya que hasta que las partes enfrentadas en un conflicto no acuerden voluntariamente someter la cuestión litigiosa al arbitraje de consumo, formalizando su voluntad en este convenio, no existirá en sentido propio este mecanismo de arbitraje.

La iniciación de esta fase prearbitral comienza cuando los consumidores y usuarios presenten formalmente, o a través de asociaciones de consumidores y usuarios, las solicitudes de arbitraje, ante la Junta Arbitral que corresponda. Una vez recibidas las solicitudes por la Junta Arbitral, ésta debe adoptar una decisión acerca de la admisión o no de las mismas. Para poder decidir al respecto es obvio que la primera función que debe realizar la Junta Arbitral es la de *recepción* de la citada solicitud, que normalmente le será enviada por el Registro Administrativo que tienen las Oficinas de Información al Consumidor (ya sean de carácter autonómico o local) que es donde suelen quedar integradas orgánicamente las Juntas Arbitrales. A continuación examinará la cuestión objeto de conflicto, que deberá ir descrita en la solicitud de arbitraje presentada por los consumidores o las asociaciones representativas de sus intereses, debiendo realizar una doble valoración: en primer lugar, tendrá que ver si es competente o no para conocer sobre la misma, conforme a los criterios establecidos en el RD n.º 231/2008; y, en segundo lugar, deberá

decidir si la cuestión litigiosa puede ser objeto de arbitraje de consumo o si, por el contrario, es una de las materias que, en virtud del artículo 2.2 del RD n.º 231/2008, se encuentran excluidas del mismo.

Posteriormente, si la Junta Arbitral decide la admisión de la solicitud de arbitraje presentada por los consumidores o sus asociaciones, se abre una doble posibilidad: a) Que el reclamado hubiese realizado oferta pública de sometimiento al sistema arbitral de consumo, respecto de futuros e hipotéticos conflictos con consumidores, en cuyo caso el convenio arbitral queda debidamente formalizado con la mera presentación de la solicitud de arbitraje por el reclamante, siempre y cuando dicha solicitud coincida en sus términos con el ámbito de la oferta, b) que al no existir una oferta pública de sometimiento por parte del empresario, la Junta Arbitral deba notificar a dicho empresario la solicitud de arbitraje, que deberá aceptar o rechazar en el plazo de 15 días, a contar desde la fecha de la notificación.

De este modo concluye la fase prearbitral y, en el supuesto de que se haya podido formalizar con éxito el convenio arbitral queda abierto el inicio del procedimiento de arbitraje propiamente dicho. Sin embargo, resulta necesario apuntar algunas cuestiones problemáticas que se suscitan en esta fase, algunas de ellas ya apuntadas someramente a lo largo de este trabajo, pero que se hace preciso destacar en mayor profundidad. Ya se ha apuntado que esta fase prearbitral, que desarrollan las Juntas Arbitrales, tiene un carácter administrativo y, por tanto, el régimen jurídico aplicable debe ser la LPC. Ello significa que los diversos actos que desarrollan las Juntas Arbitrales (notificaciones, decisiones sobre admisión o no de las solicitudes, decisiones sobre la competencia o no de las Juntas, recepción de las mismas, etc.) son verdaderos actos administrativos que producen indudables efectos jurídicos frente a terceros y que, por tanto, pueden ser objeto del recurso administrativo que corresponda, en función de la estructura orgánica en la que se integren las Juntas Arbitrales, o de recurso contencioso-administrativo, si los actos que dictan agotan la vía administrativa. A ello debe añadirse

que la responsabilidad en la que puedan incurrir las Juntas Arbitrales es igualmente una responsabilidad administrativa y que, por tanto, seguirá lo dispuesto en la LPC.

Sin embargo, a pesar de las afirmaciones que acabo de verter, sobre el régimen jurídico aplicable a la actuación de las Juntas Arbitrales de consumo, pueden suscitarse algunas dudas al respecto, derivadas fundamentalmente de la aplicación de la cláusula de supletoriedad de la Disposición Adicional Única de la Ley de Arbitraje, que de nuevo conduce a producir confusión en este peculiar sistema arbitral de consumo. Puede ilustrarse esta problemática con la imbricación de lo público y lo privado en el sistema de arbitraje de consumo en lo referido al régimen jurídico que debe aplicarse, en lo relativo al sistema de notificaciones que deben realizar las Juntas Arbitrales. La cuestión surge, como acabamos de decir, de la lectura de la Disposición Adicional Única de la LA, que declara que esta norma es de aplicación supletoria al RD n.º 231/2008. Esta norma reglamentaria no prevé cuál es el régimen jurídico por el que se van a regir las notificaciones, mientras que la LA recoge, en su artículo 5.*a)*, de forma un tanto parca, cómo deben regularse las notificaciones en el arbitraje.

La duda interpretativa se centra en torno a si debemos aplicar al arbitraje de consumo, en concreto, a las notificaciones que realizan las Juntas Arbitrales, lo dispuesto en el artículo 5 LA, en virtud de la cláusula de supletoriedad o si, al ser un órgano administrativo, se le aplican los artículos 58 y 59 LPC, que regula el régimen de notificaciones, ya que dicha norma debe ser aplicada ante cualquier actuación de las Administraciones Públicas. En mi opinión, al ser la LPC una norma que no sólo tiene el carácter de básica en función de lo señalado en el artículo 149.1.18.ª CE, sino que despliega su ámbito de aplicación sobre el régimen jurídico y procedimiento administrativo de todas las Administraciones Públicas, y al ser las Juntas Arbitrales órganos administrativos, es esta Ley y no la LA la que debe aplicarse al régimen de las notificaciones. En este sentido, y claro exponente del panorama de incertidumbre

en el que viven los aplicadores del Derecho respecto al sistema arbitral de consumo, es la sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 1 de enero de 1994, que al hilo del examen del régimen jurídico de las notificaciones que realizan las Juntas Arbitrales, basa su decisión en el artículo 59 LPC y da por buena cualquier notificación, con tal de que deje suficiente constancia de la recepción por el interesado o su representante, de la fecha, identidad y el contenido del acto notificado. No obstante, señala esta sentencia que si una carta con acuse de recibo no acreditara su contenido, por virtud del artículo 58.3 LPC, las notificaciones defectuosas surten efecto a partir de la fecha en que el interesado realiza actuaciones que suponen el conocimiento del contenido de la resolución o interpone el recurso procedente: cuando se cumple el laudo o se interpone recurso contra él. De esta forma, la jurisdicción civil aplica al régimen de notificaciones de las Juntas Arbitrales la LPC, reconociéndose tácitamente, que las mismas son actos administrativos, ya que si no, lo lógico sería aplicar el régimen supletorio de la LA o de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otro lado, un nuevo ejemplo que puede traerse a colación para mostrar las disfuncionalidades que provoca este sistema arbitral, híbrido de lo público y lo privado, es el atinente a cuando la Junta Arbitral de Consumo no acepte alguna solicitud de arbitraje, procediendo a su archivo, por tratarse de cuestiones que se encuentran excluidas del arbitraje de consumo, en función de lo previsto en el artículo 2.2 del presente RD. En este caso nos encontramos ante un acto administrativo que podrá ser recurrible, bien en vía administrativa, en función de las normas que regulen la organización y el funcionamiento de la Administración donde se integre la Junta Arbitral, bien en vía jurisdiccional ante los Jueces y Tribunales de lo contencioso-administrativo. Ello supone que en caso de recurso judicial, será el juez contencioso-administrativo el que resolverá si se trata o no de un asunto que puede ser objeto del arbitraje de consumo. Esta consecuencia puede revestir una cierta importancia, pues, si en función de esta hipotética resolución judicial (en el caso de que se decidiera que el conflicto no puede encuadrarse dentro de las

causas excluidas del artículo 2.2 del RD n.º 231/2008 y la Junta Arbitral tuviera que admitir la cuestión litigiosa a trámite, designando a tal efecto el Colegio Arbitral y decidiendo éste sobre la controversia objeto del arbitraje de consumo, ¿podría una de las partes alegar la nulidad del laudo con base en el artículo 41.1.*e)* LA («el laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe: *e)* Que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje»)? Además el recurso se plantearía ante la jurisdicción civil, por lo que ¿qué ocurriría si el juez civil declara la nulidad del laudo en base al artículo 41.1.*e)* LA? Como puede observarse, nos encontraríamos ante una contradicción entre lo resuelto por el juez contencioso-administrativo y el juez civil.

Opino que estos dos ejemplos son lo suficientemente ilustrativos de la problemática jurídica que encierra el RD n.º 231/2008, donde se entremezclan elementos de Derecho Público y de Derecho Privado, lo que contribuye, a mi juicio, a crear confusión a los usuarios de este sistema de resolución extrajudicial de conflictos, demandando de una revisión no sólo de esta fase prearbitral, sino en conjunto, de todo el sistema de arbitraje de consumo.

(Autor: Javier Guillén Camares. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos).

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Jurisdicción y Competencia arbitral.

Jurisdicción y competencia arbitral

El arbitraje es un medio heterocompositivo de resolución de conflictos por el cual las partes se someten voluntariamente a la decisión de un árbitro o de un tribunal arbitral y le otorgan competencia para dirimir el conflicto. El procedimiento arbitral está regido por los principios de igualdad, audiencia y contradicción y sus actuaciones están sometidas a

estricta confidencialidad. El árbitro decide e impone la solución a través del laudo arbitral, que tiene el efecto de una sentencia o auto final. Si bien el arbitraje es la forma por excelencia de resolver los conflictos en el ámbito empresarial nacional e internacional, por cuanto garantiza a las partes la especialización, la imparcialidad, la eficiencia y celeridad en la resolución del conflicto, el arbitraje no vulnera los postulados de unidad jurisdiccional y del monopolio estatal de la jurisdicción, pues el árbitro no posee una posición jerárquica por encima de las partes, su función es ocasional, su poder decisorio se mueve únicamente en los términos fijados por el compromiso y los laudos precisan para su ejecución el concurso de la potestad jurisdiccional.

Pero, jurisdicción no es lo mismo que competencia, aunque estén directamente ligadas. Competencia es la capacidad o aptitud para ejercer la función jurisdiccional en razón de la materia, territorio o cuantía, y en caso de hablar de la competencia del árbitro o tribunal arbitral, nos referimos a la o las precisas materias o cuestiones encomendadas por las partes a este último.

Jurisdicción viene del latín *jurisdictio*, que significa «por decir», «mostrar» o «declarar el derecho». Surge así una relación directa y hasta exclusiva con el Poder Judicial, pues en la jurisdicción distinguimos los siguientes elementos: la *notio*, facultad de conocer del asunto o materia; la *vocatio*, por la que las partes acuden al proceso a ejercer su defensa y realizar las notificaciones propias a esos fines; el *iudicum*, decisión o fallo que pone fin al litigio o causa; y finalmente, el *imperium* o *coertio*, potestad de usar la fuerza pública para hacer efectivas las decisiones y la *executio*, facultad de ejecutar sus fallos.

Jurisdicción implica, pues, *imperio*, poder. En el caso del laudo, su fuerza no deriva de una delegación estatal, es una facultad que proviene directamente de la ley y que emana directamente de la autonomía de la voluntad de las partes, lo cual constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral. De modo que arbitraje implica la exclusión de la

vía judicial. Si bien el laudo arbitral tiene valor de título ejecutorio, que lo equipara a una sentencia judicial, hay que acudir ante órganos judiciales estatales para la *executio*, o ejecución forzada de su contenido, en caso de no ser cumplido voluntariamente por la o las partes condenadas a su cumplimiento.

Así, la jurisdicción arbitral, a *sensu contrario* de la jurisdicción ordinaria, basada en el artículo 117 y siguientes de la Constitución española, ni es parte del Poder Judicial, ni es gratuita, ni es pública. Si nos basáramos en dichos preceptos constitucionales exclusivamente, podríamos cometer el error de llegar a concluir que el arbitraje es una institución no reconocida por la Constitución española. Sin embargo, tan precipitada conclusión no tiene en cuenta la naturaleza misma de la jurisdicción arbitral, pues, como bien lo precisa el Tribunal Constitucional, no existe una equiparación plena entre los órganos judiciales y los arbitrales, por lo que no puede mantenerse que la naturaleza del arbitraje sea puramente jurisdiccional, sino que nuestro Derecho configura el arbitraje como una institución de origen contractual, pero con efectos jurisdiccionales. El arbitraje no implica un menoscabo de la actividad jurisdiccional del Estado, sino que tiene otra función, y jurisdicción y arbitraje se complementan. En efecto, la jurisdicción arbitral no vulnera el artículo 117.3 de la C.E. Ni el artículo 24 de la C.E., ya que como dijo el TS en su sentencia de 9 de octubre de 1999, el arbitraje «*no impide la igualmente facultad constitucional de optar por dicha tutela por el cauce extrajudicial del arbitraje*».

Al contrario, la jurisdicción arbitral encuentra su fundamento en un negocio jurídico, por el que las partes expresan su voluntad de someter a arbitraje la solución de todas las cuestiones litigiosas, o de algunas de ellas, que se hayan planteado o puedan plantearse respecto de una determinada relación jurídica, por lo que nos remitimos a la definición hecha en este manual sobre el convenio arbitral y autonomía de la voluntad de las partes. Además, el Estado confiere un amplio margen de libertad para el funcionamiento del arbitraje en la medida en que que-

den amparados los principios constitucionales de igualdad, audiencia y contradicción, además de respetar los principios de independencia e imparcialidad de toda función jurisdiccional.

Jueces y árbitros tienen el deber de respetar los principios y derechos de la función jurisdiccional, deben garantizar el debido proceso y fundamentar o motivar sus decisiones. Por todo ello, la función jurisdiccional del arbitraje queda amparada por la Constitución española a través de su recurso de amparo constitucional del artículo 53, con independencia de las garantías amparadas en la Ley Arbitral nacional n.º 60/2003 mediante su recurso de anulación de laudo del artículo 40, o mediante los mecanismos existentes en las demás normas internacionales.

Por otra parte, es importante considerar que el proceso de globalización y la creación de un mercado global promovieron el establecimiento y fortalecimiento de mecanismos alternativos al Poder Judicial por medio del arbitraje, tanto nacional como internacional, como la alternativa por excelencia al Poder Judicial. Son los operadores económicos quienes buscan dicha alternativa para la satisfacción rápida de sus pretensiones, ello con la particularidad de la facultad de especialización de la que pueden gozan los árbitros. Se refleja dicha importancia en el comercio internacional en la existencia de una Ley Modelo de la Comisión de Naciones Unidas para el Desarrollo Internacional-CNEDMI de 21 de junio de 1985, que inspira la legislación arbitral interna de muchos Estados.

La función jurisdiccional se cumple, pues, también mediante el arbitraje, con la peculiaridad de ser una jurisdicción especial por su carácter privado, confidencial y basado dicho ejercicio en la autonomía de la voluntad que las partes otorgan a los árbitros. Dicha especialidad implica que los árbitros desarrollan esa función de forma ocasional, su poder decisorio recae en los términos fijados por el compromiso, el contrato, de modo que no existe ni puede existir jurisprudencia arbitral ni existen repertorios de jurisprudencia arbitral. No constituye una función

jurisdiccional oficial, debido a que no forma parte del Poder Judicial ni proviene de un órgano del Estado, pero es un sistema alternativo de solución de conflictos con reconocimiento constitucional.

Además, las facultades coercitivas o de ejecución para el cumplimiento del laudo requieren del concurso de la potestad jurisdiccional estatal, por lo que la interacción entre la jurisdicción arbitral y estatal es necesaria para la realización de la Justicia. Los árbitros sentencian y los Jueces ejecutan.

(Autora: María Pontigo D. Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Fernández Rosas. «Arbitraje y jurisdicción: una interacción necesaria para la realización de la justicia». *Derecho Privado y Constitución*, n.°19, pp. 55-91. Chillón Medina y Merino Merchán. «Tratado de arbitraje internacional». Madrid, 1991, 2.ª Ed., p. 54. Fernández Rosas. «Le rôle des jurisdictions étatiques devant l'arbitrage commercial international». *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 2001, tomo 290, pp. 24, 36-38, pp. 43-44. Omeba. Encicopedia Jurídica. Buenos Aires, tomo XVII, edición argentina. Vidal Ramírez. «Manual de Derecho Arbitral». Lima: Gaceta Jurídica, mayo 2003, 1.ª Ed. Cremades. «El arbitraje en la doctrina constitucional española». *Lima Arbitration*, 2006, pp 185-190.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Asistencia judicial. Competencia sobre la competencia. Convenio arbitral.

Jurisprudencia arbitral

La expresión «jurisprudencia arbitral» es frecuentemente utilizada para designar el conjunto de los laudos dictados por los tribunales arbitrales, o más bien el conjunto de las resoluciones alcanzadas por dichos laudos (resoluciones que atañen al fondo del litigio o a los aspectos procesales del arbitraje, como mecanismo de resolución de conflictos).

De un punto de vista más teórico, cabe preguntarse si existe, como tal, una verdadera jurisprudencia arbitral.

El concepto de jurisprudencia arbitral puede, o ha podido, hace algunos años, parecer, *a priori*, sorprendente, por las siguientes razones. La noción de jurisprudencia requiere un cierto grado de homogeneidad y de coherencia. Por lo tanto, el árbitro, juez privado y efímero de un litigio confidencial, podría difícilmente generar un fenómeno jurisprudencial. Sobre todo, la falta de una Corte Suprema Internacional encargada de controlar y uniformizar la aplicación del derecho por los árbitros, así como la falta de publicidad de los laudos, pueden parecer obstáculos insuperables al desarrollo de una auténtica jurisprudencia arbitral.

Sin embargo, aunque la jurisprudencia arbitral parezca inconcebible en teoría, la práctica arbitral muestra fenómenos comparables a la jurisprudencia de los tribunales nacionales.

El primer factor de desarrollo de una jurisprudencia arbitral es la creciente divulgación de los laudos arbitrales en los últimos 20 ó 30 años, en varias revistas: *Yearbook Commercial Arbitration*, *ICC International Court of Arbitration Bulletin*, *Journal du droit international*, *Journal of International Arbitration*, *Revue de l'arbitrage*, *Bulletin ASA*, etc.

La publicación de los laudos permite la creación de precedentes y su accesibilidad. Sin embargo, sólo una ínfima parte de los laudos dictados en arbitraje comercial son publicados. En cambio, en arbitraje de inversión, la gran mayoría de los laudos están en la web del CIADI. Las organizaciones corporativas profesionales también suelen publicar los laudos.

El segundo factor de desarrollo de una jurisprudencia arbitral es la referencia, cada vez más frecuente en los laudos, a los precedentes conocidos. Los árbitros sienten a menudo la necesidad de asentar su decisión

refiriéndose a laudos anteriores, aun cuando el Derecho aplicable bastaría para justificar el resultado.

Por ejemplo, aunque la corrupción es ilícita en la mayoría de los derechos, los árbitros en general no se limitan a basar su decisión sobre el Derecho aplicable, sino que se refieren a los principios generales del Derecho, al orden público transnacional y a los laudos anteriores que han condenado las prácticas corruptas.

Esta referencia a los precedentes se observa en muchos otros temas, como la extensión del convenio arbitral es a terceros, el «*hardship*», etc. Pero es sobre todo en arbitraje de inversión que se constata una referencia sistemática de los árbitros a los laudos anteriores (por ejemplo, para la definición de la noción de inversión, de *fair and equitable treatment*, etc.).

El tercer factor de desarrollo de una jurisprudencia arbitral, en directa consecuencia de los dos anteriores, es la relativa coherencia que se observa en las soluciones alcanzadas por los laudos.

La convergencia resulta, principalmente, de la metodología utilizada por los árbitros para determinar la norma adecuada. Espontáneamente o por petición de las partes, los árbitros basan a menudo su decisión sobre los principios generales del Derecho comunes a los distintos sistemas jurídicos o la *lex mercatoria*. Este método limita necesariamente las divergencias y da a la práctica arbitral su coherencia. Si subsisten divergencias, no conciernen a los principios sino su aplicación.

(Autora: Anne-Carole Cremades. Schellenberg Wittmer. Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Fouchard, Gaillard, Goldman. *Traité de l'arbitrage commercial internacional*. Litec, 1996, pp. 199 y ss. Loquin, E. Réflexions sur la «jurisprudence arbitrale», sa cohérence et ses divergences. En *Les Divergences de jurisprudenc*e, publication de l'Université de Saint Etienne, 2003, p. 127. Gabrielle

Kaufmann-Kohler. «Arbitral Precedent: Dream, Necessity or Excuse?». *Arbitration International*, 2007, p. 357.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de inversiones. Armonización. Cultura arbitral. *Lex mercatoria*. Usos y costumbres mercantiles.

Justiprecio (en el marco del arbitraje de inversiones)

1. Indemnización «pronta, adecuada y efectiva» e «indemnización justa»

Definir el concepto de justiprecio en el arbitraje de inversiones ofrece las dificultades propias de coexistir dos aproximaciones distintas desde las que abordar tal misión; en primer lugar, la propia de aquellos Estados exportadores de capital, conocida bajo el nombre, ya clásico, de *formula Hull*, con origen en la nota diplomática del Secretario de Estado de los Estados Unidos de América, Cordell Hull, a México en 1938, conforme a la cual debe entenderse por justiprecio aquella indemnización «pronta, adecuada y efectiva», a satisfacer por el Estado receptor en caso de expropiación, identificándose ésta con el valor de mercado. Los Estados importadores de capital auspician atender a un valor distinto al valor de mercado, hablándose de indemnización «justa», «equitativa» o «adecuada», frente a la noción de indemnización «plena», permitiendo introducir criterios de equidad en el valor de mercado, con el fin de aminorar su *quantum* y flexibilizar el momento o modo en que debe ser tal compensación satisfecha. (*Vid*. Resoluciones NNUU 1803(XVII) 14-12-1962, 3201(S-VI) 1-5-1974, 3281(XXIX) 12-12-1974, *vid*. *LIAMCO vs. Libia*).

Aunque se opte por asumir que el sacrificio de los derechos del inversor debe ser indemnizado completamente y de un modo rápido y efectivo por el Estado receptor, es indudable que la práctica internacional siempre va a recoger supuestos en que circunstancias, tales como crisis institucionales, reformas agrarias, nacionalizaciones, demanializaciones, conflictos bélicos o situaciones de *default* del Estado receptor, hacen que la compensación per-

cibida realmente no siempre sea identificable dentro de tales parámetros, en atención al «intenso conflicto de sistemas e intereses» presente en el marco de la comunidad internacional (TIJ en «*Barcelona Traction*»).

2. El justiprecio en los Tratados de Inversión Extranjera

El examen de los Tratados de Inversión Extranjera (ver vocablo APPRI) permite concluir que, en su gran mayoría, el justiprecio debe identificarse con la indemnización plena o «*fórmula Hull*», ya se exprese como valor de mercado, valor verdadero de mercado, valor genuino de mercado, valor de mercado actual, valor de sustitución o directamente indemnización pronta, adecuada y efectiva, siendo minoritarios los APPRIs que hablan de indemnización justa, valor apropiado, valor adecuado o simplemente indemnización sin entrar en su adjetivación.

La trascendencia de tales divergencias debe ser relativizada a la luz de la cláusula de trato nacional o la cláusula de nación más favorecida, de común recepción en los APPRIs, que garantiza que la inversión debe recibir un trato no menos favorable que el otorgado a los nacionales del Estado receptor o de cualquier otro Estado, salvo si se atiende a las opiniones minoritarias que consideran que el estándar de compensación debe considerarse como un elemento de carácter jurídico procesal y no jurídico sustantivo que no entraría en el ámbito de aplicación de la cláusula.(*Vid. CME BV vs. República Checa*, voto particular del Profesor Brownlie). En todo caso, no es pacífica la consideración del estándar de compensación como derecho de naturaleza procesal y debe considerarse la extensión del juego de la cláusula de nación más favorecida a cuestiones procesales (*Maffezini vs. España)*.

3. Métodos para la determinación del justiprecio

No cabe abogar por la elección de un método de valoración único, sino que deberá atenderse a la naturaleza y circunstancias presentes en la inversión, bien o derecho expropiado. En todo caso, debe tenerse presente

la posible existencia de reducciones en el valor obtenido (*vid. Metalclad vs. México, CSOB vs. República Eslovaca)* o de un valor residual a conservar por el inversor (*vid. CME BV vs. República Checa*).

- *Método DCF (Discounted cash flow)*

Para justipreciar las empresas en marcha (*going concern*), uno de los métodos mas frecuentemente aplicados es el análisis de flujo de caja descontado *(DCF, discounted cash flow*), que estima los flujos futuros de caja que la empresa generaría, descontándolos a su valor presente, incluyéndose coste de capital (*vid*. Directriz IV.6 de las del Banco Mundial sobre Inversión Extranjera Directa). La aplicación de tal método, relativamente nuevo en el mundo del arbitraje, implica indudables componentes prospectivos y exige, por ende, que la empresa haya operado a lo largo de un período suficientemente prolongado, en que se haya acreditado un historial de rentabilidad (*vid*. *Metalclad vs. México, Autopista Concesionada vs. Venezuela*), haciendo recaer en caso contrario sobre el inversor la carga de probar la capacidad para generar futuros beneficios (*vid*. *Compañía de Aguas de Aconquija y Vivendi Universal vs. Argentina).*

- *Método P/E (Price/Earnings)*

Tal método, también adecuado para la valoración de empresas en marcha, considera los resultados de ejercicios pasados, capitalizándolos mediante la aplicación de un múltiplo (ratio P/E) que representa las expectativas futuras (*trailing* P/E o *forward* P/E).

- *Valor neto contable (NBV, net book value)*

Descansa en el valor resultante del examen de los documentos contables de la empresa, o cuando se trate de la expropiación de un activo tangible de la misma, atendiendo a su precio de adquisición con las correspondientes depreciaciones acumuladas conforme a principios contables

de general aceptación. Aunque sin duda presenta limitaciones, al no reflejar balance y cuenta de resultados activos intangibles de indudable importancia, ni expectativas futuras, ofrece el atractivo de estar basado en documentos generados con fin distinto al de apoyar una determinada reclamación.

- *Valor de sustitución*

Atiende al coste de reemplazar la inversión al estado previo a los actos lesivos.

- *Valor de liquidación*

Considera la cantidad que un posible comprador pagaría a un posible vendedor en el curso de un proceso de liquidación de la empresa.

- *Previas transacciones u oferta de adquisición de terceras partes*

Sin duda ofrecen un criterio valorativo utilísimo siempre que sean próximas en el tiempo y previas a la expropiación.

- *Capitalización de mercado*

Atiende al valor de capitalización de mercado, considerada su cotización multiplicada por el número de acciones, si bien exige, para ofrecer una imagen auténtica, un suficiente volumen de negociación de los títulos de la compañía.

4. Fecha para la determinación del justiprecio. Momento y forma de pago. Interés. Ilegalidad de la expropiación

El criterio general es atender a la fecha de la expropiación o inmediatamente anterior al que ésta es de público conocimiento, sin que en ningún caso la indemnización deba incorporar el efecto adverso

de la adopción o anuncio de la medida expropiatoria en el valor de la inversión. Más dificultad ofrece qué momento considerar en las llamadas «*creeping expropriations*» *(vid. Generation Ukraine vs. Ukraine)*.

En ningún caso se exige que el pago sea previo a la expropiación; los APPRIs suelen hablar de «pronto pago», »pago sin demora», o «pago sin demora irrazonable», previéndose en algunos APPRIs un plazo para su abono, e incluso en algunos, la posibilidad de satisfacerlo en plazos; gran número de APPRIs exigen que el justiprecio satisfecho sea libremente transferible al extranjero y abonado en moneda libremente convertible. El abono de un interés desde el momento de la fecha de expropiación hasta la fecha del pago de la indemnización es frecuente, empleando como tipo el normal de mercado, el comercial o basado en el LIBOR.

(Autor: Pablo Fernando Poza Cisneros. Secretario General de la Corte Española de Arbitraje. Abogado del Estado).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional»,* 2006. Newcombe y Paradell. *Law and practice of investment treaties*, 2009. Ball. «Assessing Damages in Claims by Investors against Status». *ICSID Review,* n.º 16-*Foreign Investment Law Journal.* Vandevelde. «*United States Investment Treaties: Policy and Practice*», 1992.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de inversiones. Cláusula de la nación más favorecida. Expropiación.

K

Kompetenz-kompetenz (*Principio de*) (ver «Competencia sobre la competencia»)

L

Latinoamérica (como sede arbitral)

El desarrollo del arbitraje y las sedes arbitrales en Latinoamérica (como espacio neutral y ubicación geográfica estratégica) están supeditados al desarrollo de una nueva cultura arbitral incluyente, a la existencia de leyes modernas en materia arbitral, orientadas fundamentalmente por la Ley Modelo de UNCITRAL (ver artículo 20.1º) y los Reglamentos de la CIAC, reconocido expresamente en el artículo 3 del Convenio sobre Arbitraje Comercial, hecho en Panamá en el año de 1975; por lo que, habiendo alcanzado significativos cambios en la legislación arbitral interna, en las dos últimas décadas, en más de una veintena de países de habla hispana, estamos, desde nuestra perspectiva, ante la posibilidad de lograr paulatinamente la confianza como sedes arbitrales continentales, *v.gr.* México, Chile, Colombia, Perú y Panamá, que mediante el Decreto Ley n.º 5 de 8 de julio de 1999, en su artículo 20, precisa que: «Las partes podrán designar en el convenio arbitral el lugar del arbitraje. En caso de que no lo hicieren, éste será designado de conformidad con el reglamento de la institución administradora, si el arbitraje es institucionalizado, o por decisión del tribunal arbitral, si es *ad-hoc*».

La sede arbitral la fijan, en primer lugar, las partes; en segundo lugar, se determina mediante las reglas de procedimiento (reglamento arbitral), cuando el arbitraje es institucional; y en tercer lugar, la fija el tribunal

arbitral. Para la doctrina, la jurisprudencia *(ver: a) Waste Management Inc. c/ Estados Unidos Mexicanos, Caso CIADI n.º ARB(AF)/00/3; b) Ethyl Corporation c/ Gobierno de Canadá, decisión sobre el lugar del arbitraje del 28 de noviembre de 1997; c) Methanex Corporation c/ Estados Unidos de América, decisión sobre el lugar del arbitraje de 7 de septiembre de 2000);* y el Derecho comparado, la sede tiene trascendental importancia para el desarrollo del arbitraje y para la viabilidad del laudo arbitral. En razón de ello, el legislador dota a la normativa arbitral de libertad para determinar la ley rectora del procedimiento y las reglas normativas de base, que van a determinar la validez de lo actuado por los árbitros y las relaciones entre los árbitros y los jueces ordinarios (al respecto consúltese Fernández Rozas, José Carlos. «Determinación del lugar del arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral». *Lima Arbitration*, 2007, n.º 2 y Chillón Medina, José María. *Tratado de Derecho Arbitral.* Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, 3.ª Ed., pp. 1477-1577, también a Álvarez, H.C. «La escogencia del lugar del arbitraje». *Revista Internacional de Arbitraje*. Bogotá, 2005, n.º 3, pp. 13-55).

La elección de la sede o lugar del arbitraje, mediante el convenio arbitral o con sujeción al mismo, fue prevista en la Ley Española en el artículo 26 y en la Ley Panameña, en el artículo 20, (de forma similar a la Ley Modelo de UNCITRAL), lo que viabiliza el desarrollo y sede del arbitraje, dado que también se dispone de los auxilios puntuales de los jueces ordinarios, conforme al artículo 24, párrafo segundo, al mismo tiempo que le impide a éstos, en el artículo 11, entrar a conocer de un negocio en el que exista una cláusula o convenio arbitral; e igualmente prevé, que contra los laudos sólo cabe el recurso de anulación por motivos tasados (ver el artículo 34, en congruencia con el artículo V del Convenio de Nueva York de 1958 y el de Panamá de 1975).

La sede arbitral es el espacio físico elegido por las partes. La sede arbitral, además, es un factor que como elemento de extranjería califica al arbitraje como internacional, *v.gr*. cuando las partes, al momento de

pactar el convenio arbitral, tienen sus establecimientos en Estados diferentes, o bien si la materia objeto del arbitraje es de naturaleza civil o mercantil y/o está relacionada con más de un Estado.

Los Estados Latinoamericanos han logrado en su legislación interna cambios, en materia arbitral, particularmente en lo relativo a la sede del tribunal arbitral, como el artículo 68 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Perú. Se dispone, en el Continente americano, de la base jurídica institucional para establecer los nuevos foros confiables para el establecimiento de las sedes arbitrales, México y Panamá, países que no sólo han desarrollado, en nuestra opinión, una legislación moderna en materia arbitral, sino que inclusive han constitucionalizado el arbitraje y la facultad de los árbitros para decidir sobre su propia competencia (ver artículo 202 de la Constitución Política de Panamá).

En el Continente, también Chile renovó su legislación arbitral (mediante la Ley n.º 19,971-2004 de Arbitraje Comercial Internacional), en Centroamérica, Costa Rica (mediante la Ley n.º 7727 de 1997), en el Caribe, Cuba (que es el único país ratificante en América Latina del Convenio Europeo de 1961), y Perú (mediante la Ley de Arbitraje de 2008). Estos países son, por ello, elegibles como nuevas sedes arbitrales. En ese escenario, en nuestra opinión, potenciar sedes arbitrales en el Continente americano es de trascendental importancia para el desarrollo de una cultura arbitral como la establecida por la CCI en Panamá para Latinoamérica.

La importancia de una sede arbitral en Latinoamérica, es atendida si la legislación de que se dispone define el arbitraje como una institución, precisa lo relativo a las materias arbitrables, las clases de arbitrajes, la competencia de los árbitros para decidir sobre su propia competencia, reconoce el arbitraje internacional, puntualiza lo referente a la sede o lugar del arbitraje, el convenio arbitral y sus efectos tanto sustantivos como procesales, el procedimiento, los auxilios judiciales, el laudo arbi-

tral y su contenido, la impugnación y el reconocimiento y la ejecución de éste; y además, si todas y cada una de esas piezas, articuladas unas con otras, son congruentes con los Tratados que sobre la materia se han ratificado, como el de Panamá de 1975 y el de Nueva York de 1958.

Las sedes arbitrales comerciales internacionales cualificadas, como las de Londres, Nueva York y París, han sido las que tradicionalmente los países de América Latina han «elegido» para sus arbitrajes, administrados, ya sea por la Corte Londinense de Arbitraje Comercial, la Asociación Americana de Arbitraje Comercial o la Corte Internacional de la Cámara de Comercio Internacional de París, lo que impone desplazamientos de las partes, el uso de otro idioma arbitral (inglés), el desarrollo de las actuaciones procesales con significativos costos de tiempo y dinero en el acceso a la justicia proferida por árbitros y administrada por instituciones cuyas tarifas son también elevadas, si las comparamos con los costos del CIADI en Washington, como lugar para los arbitrajes de inversiones; sin que por ello se excluya, también, por razones del mismo y distinto alcance, como las relativas a los *laudos flotantes*.

Al fijar la sede arbitral, en nuestra opinión**,** las partes tienen en cuenta no sólo razones de naturaleza jurídica, sino de prestigio internacional, idiomáticas, de una legislación desarrolladora del arbitraje, de una nueva cultura arbitral emergente e integradora, que coadyuve de forma efectiva en el desarrollo de una cultura de paz y buen gobierno, en los países de América Latina, que con el ingreso a la OMC, la firma de los acuerdos MIGA, los TLC, los convenios bilaterales y multilaterales de protección de las inversiones, van desarrollando los mercados y megamercados, (ALCA, CENTROAMÉRICA, MERCOSUR, UNASUR, ALBA, etc.), como factores *geopolíticos,* potenciadores de las nuevas sedes arbitrales y espacios para la investigación científica, formación y la prestación de servicios.

(Autor: Ulises Pittí. Instituto Especializado de Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje/Universidad de Panamá).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Chillón Medina, J.M.ª y J.F. Merino Merchán. *Tratado de Derecho Arbitral.* Navarra: Editorial Aranzadi, 2006, 3.ª Ed. Gaillard, E. *L´interférence des jurisdictions de siége dans le déroulement de l´arbitrage*. Liber amirocum Claude Reymond: autour de l`arbitrage. París, 2004. Fernández Rozas, J.C. «Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el Tribunal de la Sede Arbitral». *Lima Arbitration*, 2007, n.º 2, http://icsid.worldbank.org y http://ita.law.uvic.ca.

VOCABLOS CONEXOS: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Cultura arbitral. Ley Modelo UNCITRAL. Lugar del arbitraje.

Laudo

1. Nociones introductorias

Ni el Convenio de Nueva York, ni la Ley Modelo UNCITRAL, ni la mayoría de las leyes nacionales de arbitraje proporcionan una definición de laudo.

El laudo es una decisión de los árbitros. Pero, hay que distinguirla de otras decisiones o resoluciones que los árbitros toman a lo largo del procedimiento. Es laudo la decisión que pone fin a una cuestión objeto de disputa, resolviéndola. Es siempre una resolución de fondo (no meramente procedimental) que afecta a los derechos de las partes del proceso que, generalmente, será susceptible de ser ejecutada por los tribunales (por ejemplo, al amparo del Convenio de Nueva York). Por tanto, el criterio básico para calificar una decisión del árbitro como laudo debe ser la función y el efecto de esa decisión, más que su forma o la calificación o denominación que los árbitros le hayan dado. Así, hay casos en que una decisión de los árbitros ha sido considerada laudo por los tribunales nacionales con independencia de su forma y calificación. Así, en el *Caso Brasoil* (decisión de la Corte de Apelación de París de 1 de julio de 1999), la Corte francesa anuló una orden procesal de un tribunal arbitral bajo las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional. Las partes habían acordado dividir el procedimiento en dos fases; tras

el laudo parcial, que establecía la responsabilidad por incumplimiento contractual de Brasoil, en la fase de cuantificación de daños la contraparte, GMRA, aportó documentos que Brasoil alegó habían sido fraudulentamente escondidos en la fase primera del procedimiento. Brasoil después requirió al Tribunal la reconsideración de su primer laudo sobre la base de hechos nuevos descubiertos con posterioridad. GMRA se opuso. El Tribunal invitó a las partes a hacer alegaciones escritas sobre esta petición y luego las citó a una vista. Después dictó una orden de procedimiento por la que tomó la decisión de no admitir la petición de reabrir el fondo del asunto laudado en la primera fase del procedimiento. Brasil interpuso acción de nulidad contra esa orden de procedimiento y la Corte de Apelación de París lo admitió, considerando que la decisión, a pesar de haber sido calificada de orden de procedimiento, era en realidad un laudo.

2. Tipología de laudos

Se suelen distinguir los siguientes tipos de laudos: laudo final; laudo parcial; laudo interlocutorio o provisional (*interim award*); laudo en rebeldía (*default award*); y laudo por acuerdo de las partes.

Todas o algunas de estas terminologías están citadas en las Reglas de la Cámara de Comercio Internacional, en las Reglas UNCITRAL o en las leyes nacionales. Pero, ninguna da una definición de uno u otro tipo de laudo.

Laudo final: Puede entenderse como laudo final aquél que pone fin a las actuaciones arbitrales, resolviendo todas las cuestiones en disputa entre las partes. También cabe entender como final aquél que resuelve de forma definitiva y con efectos de cosa juzgada entre las partes alguna de las cuestiones en disputa, aunque no ponga fin a las actuaciones arbitrales.

Laudo parcial: El laudo parcial lo es porque resuelve solamente una o algunas de las cuestiones en disputa, pero no pone fin a las actuaciones

del procedimiento. Ahora bien, las cuestiones que resuelve sí las resuelve con carácter «final», es decir, con efectos vinculantes para las partes y de forma definitiva. Casos comunes de laudos parciales con los que se fracciona la resolución de la controversia serían los que resuelven primero sobre la responsabilidad y después sobre los daños; o los que resuelven sobre una petición de medidas cautelares y después sobre el pleito principal; o los que resuelven primero sobre la capacidad o legitimación de una de las partes o sobre jurisdicción o validez del convenio arbitral y luego sobre el proceso principal.

Laudo interlocutorio o provisional: Sería un laudo que resuelve provisionalmente (y no de forma definitiva) una cuestión en disputa. Sería pues lo opuesto al laudo final. Se confunde a menudo con el laudo parcial (que sí es final en el sentido de definitivo) y por esto la Ley Modelo UNCITRAL no recogió ninguna definición, puesto que la mayoría de las veces que se dictan laudos denominados «interim» o «interlocutorios» son en realidad laudos parciales que resulten de forma definitiva una determinada cuestión. Muchos autores suelen calificar de laudo provisional o interlocutorio el laudo que resuelve sobre medidas cautelares. No obstante, otros discuten tal calificación ya que se resuelve de forma definitiva una cuestión en disputa como es la necesidad o no de la protección cautelar solicitada. La problemática de los laudos interlocutorios es si son o no ejecutables.

Laudo en rebeldía: Es el que se dicta sin que una de las partes (normalmente, el demandado) aparezca en el procedimiento.

Laudo por acuerdo de las partes: Es aquél que contiene el acuerdo transaccional de las partes del proceso. Puede ser un laudo final (que ponga fin a todas las controversias) o parcial (sólo a algunas). Las normativas arbitrales suelen exigir condiciones para la validez de estos laudos. Las más comunes son que el acuerdo transaccional se haya producido durante las actuaciones arbitrales; sólo puede ocurrir cuando ambas partes participan en el proceso; ha de haber una suerte de homologación arbi-

tral de ese acuerdo trasnacional que revestirá forma de laudo. Además, las reglas nacionales de arbitraje suelen conceder a los árbitros un cierto control y posibilidad de oponerse al acuerdo para evitar la existencia de laudos que contengan disposiciones contrarias a la ley, al orden público o que conlleven perjuicios para terceros ajenos al proceso. El laudo transaccional no requiere que esté motivado, porque no es resultado de una contradicción sino de un acuerdo entre las partes. Las normas nacionales de arbitraje suelen reconocerle los mismos efectos que un laudo dictado en contradicción; tiene, pues, efectos de cosa juzgada, aunque en esta cuestión es conveniente acudir a cada ley local para verificar los efectos que se conceden a este tipo de laudo.

(Autora: Elisabeth de Nadal. Socia de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Gaillard y Di Pietro. *Enforcement of arbitration agreements and international arbitral awards. The New York Convention Practice*. Reino Unido: Cameron May, 2008. Lew, Mistelis y Kröll. *Comparative international commercial arbitration.* La Haya/Londres/Nueva York: Kluwer, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Convenio arbitral. Laudo conciliatorio. Laudo parcial. Medidas cautelares.

Laudo conciliatorio

La libertad y autonomía de la voluntad rigen en todo momento el arbitraje y una de las manifestaciones más destacables de dicho poder de disposición de las partes es la relativa a la posibilidad de la que gozan de convenir un laudo que ponga fin, total o parcialmente, de forma no contradictoria, a la controversia.

Durante un proceso arbitral las partes pueden llegar a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente al conflicto, dando los árbitros por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados. Si ambas

partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar dicho acuerdo en forma de laudo, en los términos convenidos. Esta posibilidad viene recogida en numerosas leyes arbitrales, entre las que destacamos la Ley Arbitral Española (Ley n.º 60/2003), cuyo artículo 36 reproduce de forma prácticamente idéntica el tenor literal del artículo 30 de la Ley Modelo UNCITRAL, el cual proclama que si, durante las actuaciones arbitrales, las partes llegan a una transacción que resuelva el litigio, el tribunal arbitral dará por terminadas las actuaciones y, si lo piden ambas partes y el tribunal arbitral no se opone, hará constar la transacción en forma de laudo arbitral, en los términos convenidos por las partes. Este laudo tiene la misma naturaleza y efecto que cualquier otro laudo dictado sobre el fondo del litigio.

Los requisitos fundamentales que deben apreciarse para la consecución de un acuerdo conciliatorio que ponga fin al procedimiento arbitral son los siguientes:

a) Se trata de un acuerdo que deben adoptar las partes durante el proceso arbitral, pues consiste en una transacción o convenio alcanzado una vez el mismo ha comenzado y no con anterioridad a su puesta en marcha.

b) Dicho pacto debe expresar la voluntad de ambas partes, quienes han de estar de acuerdo en que se elimine la contradicción y pueda dictarse un laudo conciliatorio; al desaparecer la contradicción deja de tener sentido la continuación del proceso. Su homologación por el árbitro se solicita siempre a instancia de parte.

   No resulta preciso que haya equivalencia o igualdad entre las concesiones que se hagan recíprocamente las partes, incluso sería viable que una de las partes no realizara ninguna concesión, siempre y cuando exista un consenso entre ambas.

c) El acuerdo se refleja en una resolución dictada por el árbitro, que reviste la forma de laudo.

Consideramos que será perfectamente admisible que la petición al árbitro se realice tanto por escrito como de forma oral. En el caso de que se formule por escrito, resulta irrelevante que lo soliciten las partes en un mismo documento o en documentos separados; si se pretende realizar dicha solicitud de una manera oral, tal petición deberá documentarse en las actas del procedimiento.

Ante la solicitud de las partes, generalmente los árbitros procederán a dictar el laudo, pero excepcionalmente puede ocurrir que se aprecien motivos para oponerse a dicho acuerdo conciliatorio. Los árbitros no pueden rechazar esta petición discrecionalmente, sino sólo por una causa jurídica fundada. A nuestro juicio y, compartiendo el de parte de la doctrina, esta capacidad de oposición debe ser restringida y únicamente podrán oponerse cuando el acuerdo resulte contrario al interés general o al orden público, perjudique a terceros o sea contrario a alguna norma imperativa, es decir, los mismos límites materiales que afectan a cualquier tipo de negocio jurídico y, por supuesto, cuando el acuerdo contenga materias no disponibles por las partes y, por tanto, no susceptibles de someterse a arbitraje.

d) En cuanto a los límites temporales de este acuerdo, podemos manifestar que para el *dies a quo* o momento a partir del cual podrán las partes convenirlo, resultará imprescindible que el procedimiento arbitral haya comenzado, mientras que el *dies ad quem* vendrá determinado por el momento en que se ponga fin a la actuación arbitral, que será cuando los árbitros dicten el laudo definitivo.

e) El laudo que dicten los árbitros pronunciándose sobre el acuerdo de las partes debe presentar los mismos requisitos que se predican del laudo contradictorio —excepcionando la ley española que el laudo conciliatorio tenga la obligación de ser motivado—.

f) Será posible tanto que el acuerdo que alcancen las partes sea parcial, esto es, se refiera únicamente a un punto o a varios del convenio

arbitral, como que dicho acuerdo sea total. Las consecuencias jurídicas de dicho acuerdo serán diferentes dependiendo de si afecta a la totalidad del objeto del arbitraje o únicamente a parte de él. Nada impide, además, que cuando nos encontremos ante un arbitraje en el que exista una pluralidad de sujetos dentro de cada una de las partes (lado activo o lado pasivo) únicamente se pongan de acuerdo algunas de ellas.

Los efectos jurídicos que provoca este acuerdo conciliatorio de las partes sobre la pretensión que ejercitaron en su momento y ahora deciden finalizar de común arreglo, pueden resumirse principalmente en tres:

1. En primer lugar, desaparece el objeto del litigio. Las partes han llegado a un acuerdo y como consecuencia de él, termina el proceso arbitral al desaparecer el conflicto jurídico que lo provocó.

2. Finaliza la función del árbitro como tercero neutral que va a solucionar la controversia. Cesa su cargo y sus poderes, pues al igual que en su día las partes decidieron otorgar al árbitro dicha misión, ahora ellas mismas son quienes voluntariamente deciden poner fin a sus funciones.

3. Finalmente, se dicta un laudo que presenta la misma eficacia que cualquier otro laudo sobre el fondo del asunto, es decir, produce efectos de cosa juzgada y constituye título ejecutivo.

Por su parte, los efectos del laudo conciliatorio serán diferentes según nos encontremos ante un acuerdo total, o ante uno parcial, por ello distinguimos los supuestos en los que existe un acuerdo entre las partes total, es decir, con relación a la totalidad de las pretensiones ejercitadas y entre todas las partes intervinientes, en donde finaliza el proceso arbitral. Mientras que, por el contrario, cuando el acuerdo sea parcial, bien en relación con las pretensiones o bien subjetivamente, es decir, con las partes del convenio, se clausurarán las actuaciones arbitrales únicamen-

te respecto a aquellos aspectos o partes que lo han convenido, continuado el proceso arbitral respecto de aquellas pretensiones o frente al resto de partes que no consiguieron alcanzar ningún acuerdo.

(Autora: Ana Montesinos García. Profesora Contratada Ramón y Cajal, de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Barona Vilar, S. *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre). AA.VV.* Barona Vilar, S. (Coord.). Madrid: Thomson-Cívitas, 2004; Garberí Llobregat., J. *Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Garberí Llobregat, J. (Coord.). Barcelona: Bosch, 2004. Hierro Hernández-Mora y R. Hinojosa Segovia. *Comentarios a la nueva Ley de Arbitraje. AA.VV*. Hinojosa Segovia, R. (Coord.). Barcelona: Difusión jurídica y Temas de Actualidad, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Convenio arbitral. Cosa juzgada. Disponibilidad del objeto. Laudo. Laudo parcial. Ley Modelo UNCITRAL. Procedimiento arbitral.

Laudo inhibitorio

Se define como la resolución o laudo por la que los árbitros, sin entrar en el fondo del asunto, se declaran incompetentes para el conocimiento de la controversia ante la falta de competencia o ante la ausencia o invalidez del convenio arbitral.

El laudo inhibitorio es, por tanto, la resolución en virtud de la cual el árbitro transmite la expresión más característica de sus facultades: la determinación de su propia competencia, bien de oficio, bien instancia de parte.

En dicho laudo inhibitorio, el árbitro no sólo se pronuncia sobre su propia competencia conforme a lo previsto en el artículo 22 de la Ley de Arbitraje (LA), sino que también puede pronunciarse sobre la validez del convenio arbitral o cualesquiera otras cuestiones que pudieran im-

pedir al tribunal entrar a conocer del fondo del asunto, como son, entre otras, la nulidad o caducidad del convenio arbitral.

Si la excepción sobre la competencia o validez del convenio arbitral se alega por una de las partes, ésta deberá ser puesta de manifiesto no después de presentar la contestación a la demanda (artículo 22.2 LA), so pena de entender que con la contestación se está produciendo la sumisión tácita de ésta.

Por tanto, el árbitro podrá decidir, en cualquier momento, sobre la continuidad o no del procedimiento, pudiendo dictar ese laudo inhibitorio en una fase muy inicial del mismo, o en el laudo definitivo. No obstante, la propia naturaleza del laudo, como expresión característica que afecta a la imposibilidad de continuar el procedimiento por cuestiones de fondo, hace recomendable que se dicte en un momento inicial o con posterioridad a la excepción expuesta por el demandado.

Como cualquier laudo, puede ser objeto de anulación mediante la correspondiente acción. Ahora bien, dicha acción de anulación carece de efectos suspensivos, de forma que cualquiera de las partes podrá iniciar el correspondiente procedimiento judicial mientras se tramita la acción de anulación.

Por tanto, el laudo inhibitorio puede ser el equiparado al auto por el que se declara la incompetencia de cualquier juzgado, bien de oficio en aplicación de la regla sobre su propia competencia o ante la inexistencia, caducidad o nulidad del convenio arbitral, o bien a resultas de las excepciones que plantee la parte demandada en el arbitraje.

(Autor: Vicente Roldán, abogado Socio de Antonia Magdaleno Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Monserrat Quintana, A. «Los árbitros, nombramiento, recusación y competencia». *La Ley*, práctica de tribunales n.º 14, Sección de Estudios, 2005. Cucarella Galiana, L.A. «El Procedimiento Arbitral». Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2004. Gisbert Pomata, M.

«De la Competencia de los árbitros». En Hinojosa Segovia, R. (Coord.). «Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje». En Grupo Difusión, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Competencia sobre la competencia. Declinatoria de jurisdicción. Jurisdicción y Competencia Arbitral. Laudo.

Laudo parcial

Un laudo parcial es aquella decisión arbitral, vinculante para las partes, que se dicta para resolver de forma individualizada una cuestión concreta dentro de las que se han sometido a arbitraje. Al igual que un laudo global, el laudo parcial es definitivo y contiene una decisión invariable e inalterable, desplegando los mismos efectos de cosa juzgada y ejecutabilidad y que puede ser revisado únicamente a través de la acción de anulación.

Entre las cuestiones que los árbitros suelen resolver habitualmente mediante laudo parcial están aquéllas relativas a su propia competencia, como la existencia o no del convenio arbitral, la validez o invalidez de la cláusula de sometimiento a arbitraje, la extensión de la misma a personas distintas de las firmantes. Además, los árbitros también pueden utilizar el laudo parcial para resolver la solicitud de medidas cautelares efectuada por las partes.

Distintos de los laudos parciales son los denominados «laudos interlocutorios», es decir, resoluciones provisionales que van dictando los árbitros sobre cuestiones de mera ordenación del procedimiento arbitral y que no producen efectos de cosa juzgada, ni son ejecutables o anulables. Sin embargo, estas decisiones sí resultan obligatorias para las partes, puesto que van encaminadas a avanzar en el proceso en busca de una solución definitiva a la controversia.

A pesar de que ni la Ley Modelo UNCITRAL ni el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional recogen expresamente

la facultad de los árbitros para decidir la controversia mediante varios laudos parciales, existen otra serie de normas nacionales e internacionales que sí contemplan específicamente esta posibilidad.

Así, en el ámbito del Derecho Español, la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Arbitraje de 2003 destaca el reconocimiento legal de la posibilidad que tienen los árbitros para dictar laudos parciales, que podrán versar sobre alguna cuestión de fondo de la controversia o sobre otros aspectos, como la competencia de los árbitros o las medidas cautelares, señalando además que el laudo parcial tiene el mismo valor que el laudo global. Por su parte, el artículo 37.1 de la Ley de Arbitraje reconoce que, salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros tienen la posibilidad de resolver la controversia que se les ha sometido dictando un único laudo o varios laudos parciales.

En el mismo sentido, los reglamentos de las principales cortes de arbitraje españolas hacen mención expresa a esta facultad de los árbitros. Por ejemplo, el artículo 39.1 del Reglamento de la Corte de Arbitraje de la Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid; el artículo 37.1 del Reglamento de la Corte Española de Arbitraje; o el artículo 29.1 del Reglamento de Procedimiento de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje.

En el ámbito internacional, distintas instituciones arbitrales de reconocido prestigio también incluyen en los textos de sus reglamentos de arbitraje la posibilidad que tienen los árbitros para resolver la controversia que se les ha sometido mediante tantos laudos parciales como deseen. Así, el artículo 26.7 de las «*Arbitration Rules of the London Court of International Arbitration*» o el artículo 43 b) de las «*Commercial Arbitration Rules of the American Arbitration Association*».

(Autores: Pedro Claros Alegría. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Madrid. Claudia Velasco Papineschi. Abogada de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Hinojosa Segovia, R. *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Grupo Difusión, 2008.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Competencia sobre la competencia. Laudo. Medidas cautelares.

Laudos arbitrales en el MERCOSUR

MERCOSUR es el acrónimo con el que se conoce a la Organización Internacional denominada Mercado Común del Sur. El MERCOSUR se creó mediante el Tratado adoptado en Asunción el 26 de marzo de 1991, para la constitución de un mercado común entre la República Argentina, la República Federativa del Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay. Posteriormente, el 4 de julio de 2006 se adoptó, en Caracas, el Protocolo de adhesión de la República Bolivariana de Venezuela al MERCOSUR. Este Protocolo aún no ha entrado en vigor, ya que falta la ratificación de Paraguay.

Para lograr la pretendida integración económica entre los Estados miembros del MERCOSUR, su Derecho combina instrumentos jurídicos propios del Derecho Internacional (tratados internacionales, protocolos, declaraciones…) y del Derecho Comunitario (normas propias obligatorias que emanan de los órganos decisorios del MERCOSUR, recomendaciones no obligatorias de los órganos auxiliares…) e incluso acuerdos de concertación social celebrados a nivel regional.

Para la solución de las controversias relativas al Derecho del MERCOSUR, el Anexo III del Tratado de Asunción creó un «sistema de solución de controversias» que, aunque se ha revisado en distintas ocasiones (Protocolo de Brasilia de 17 de diciembre de 1991, para la solución de controversias en el MERCOSUR; Protocolo de Ouro Preto de 1994, sobre la estructura institucional del MERCOSUR; Protocolo de Olivos de 18 de febrero de 2002 para la solución de controversias en el MERCOSUR), todavía no es el anunciado «sistema permanente de solución de controversias para el MERCOSUR».

En el momento presente, el sistema de solución de controversias se encuentra regulado en el Protocolo de Olivos, que entró en vigor el 1 de enero de 2004, y en su Reglamento, que fue aprobado por la Decisión n.º 37/03 del Consejo de Ministros del MERCOSUR. Los procedimientos de solución previstos en el Protocolo de Olivos se aplican siempre que se decida no someter una controversia sobre el Derecho del MERCOSUR al sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio o de otros sistemas preferenciales de comercio de los que sean parte individualmente los Estados miembros del MERCOSUR.

En este caso, las controversias sobre el Derecho del MERCOSUR podrán someterse a tres procedimientos de solución consecutivos en el tiempo. En primer lugar, con carácter obligatorio, las partes en una controversia sobre el Derecho del MERCOSUR deben intentar solucionarla mediante negociaciones directas que no podrán exceder del plazo de 15 días. Si al término de este plazo no han logrado una solución mutuamente aceptable, podrán recurrir a la intervención del Grupo Mercado Común (GMC). La intervención del GMC tiene carácter voluntario, puesto que se requiere del consentimiento de las dos partes en la controversia; en caso contrario, una parte, unilateralmente, puede recurrir directamente al arbitraje. Si las dos partes en la controversia han solicitado la intervención del GMC, entonces en un plazo no superior a 30 días el GMC deberá evaluar la situación, dando oportunidad a las partes en la controversia de exponer sus respectivas posiciones y pudiendo, cuando lo considere necesario, requerir el asesoramiento de expertos. El GMC deberá formular recomendaciones expresas y detalladas tendentes a la solución de la controversia.

El tercer procedimiento consiste en la sumisión de la controversia al arbitraje. El arbitraje en el MERCOSUR es un arbitraje de Derecho Internacional Público, en el que sólo pueden actuar como demandantes y demandados los Estados miembros del MERCOSUR. Es un procedimiento de solución de controversias de carácter jurisdiccional que, en

primera instancia se planteará ante un Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* (véase la voz «Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR») y cuyo laudo arbitral (*arbitral award*) se podrá recurrir ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) (véase la voz «Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR»). Ambos tipos de tribunales arbitrales tienen competencia automática, ya que no se exige de los Estados miembros del MERCOSUR que realicen declaración alguna reconociendo su jurisdicción. En ambos casos, los laudos arbitrales representan una solución de la controversia que tiene carácter obligatorio y está fundada en Derecho.

En las negociaciones del Protocolo de Olivos, se hizo hincapié en todo momento en la necesidad de perfeccionar la etapa posterior al pronunciamiento del laudo arbitral y, en concreto, los temas del cumplimiento de los laudos y de la cuantía de las medidas compensatorias (véase la voz «Medidas compensatorias en el MERCOSUR»). Estos temas han quedado regulados en los capítulos VIII («Laudos arbitrales») y IX («Medidas compensatorias») del Protocolo de Olivos, tanto por lo que se refiere a los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc*, como por lo que se refiere al TPR.

En lo que se refiere a la adopción de los laudos, tanto los laudos del Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*, como los del TPR, se adoptarán por mayoría, serán fundados y suscritos por el Presidente y los demás árbitros (artículo 25). Lamentablemente, en nuestra opinión, se impide a los árbitros el formular votos en disidencia. La exigencia a los árbitros de guardar la confidencialidad de la votación se mantiene y se extiende incluso a las deliberaciones.

Los artículos 26 y 27 versan sobre la obligatoriedad de los laudos y la obligatoriedad de su cumplimiento, aspectos que caracterizan al arbitraje internacional. Se puede afirmar que el Protocolo de Olivos ha mejorado la técnica legislativa anterior, al unificar estas disposiciones en lugar de repetirlas en los capítulos dedicados, respectivamente, a los

Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* y al TPR. El artículo 26.1 afirma que los laudos de los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* son obligatorios para los Estados parte en la controversia, a partir de su notificación y tendrán, con relación a ellos, fuerza de cosa juzgada a partir del término del plazo previsto para interponer el recurso de revisión (*application for appeal*), si no se hubiera ejercido esta opción. Por su parte, los laudos del TPR son inapelables, es decir, definitivos y, en consecuencia, desde su notificación a los Estados parte en una controversia son obligatorios y tendrán para ellos fuerza de cosa juzgada. Cabe respecto de ambas clases de laudos la posibilidad de interponer un recurso de «aclaratoria», expresión equivalente a la más conocida como recurso de «interpretación» (*application for interpretation*), aunque se ha de señalar que no se ha previsto la posibilidad de interponer un recurso extraordinario de revisión (*application for revision*).

Una vez los laudos adquieren fuerza de cosa juzgada, deberán ser cumplidos en la forma y con el alcance con que fueron dictados. Cabe realizar dos precisiones importantes a esta afirmación. En primer lugar, se establece que «la adopción de medidas compensatorias en los términos de este Protocolo no exime al Estado miembro de su obligación de cumplir el laudo» (artículo 27). Con ello, se insiste una vez más en la idea de que los laudos son de obligado cumplimiento y que no se pueden sustituir por la imposición unilateral de medidas compensatorias, cuya vigencia tendrá necesariamente un carácter temporal si el laudo no se cumple en el plazo previsto y en tanto no se proceda a su cumplimiento. En segundo lugar, se ha de señalar que el recurso de «aclaratoria» previsto en el artículo 28 faculta a cualquier Estado parte en una controversia a solicitar, respecto del laudo del Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* o del TPR, en los 15 días siguientes a su notificación, una «aclaración» que puede referirse tanto al contenido del laudo como a la forma en que el laudo deberá cumplirse. Este recurso de «aclaratoria» deberá, a su vez, ser resuelto en un plazo máximo improrrogable de 15 días.

Con estas precisiones, cabe afirmar que, salvo que en los laudos del Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* o del TPR se establezca un plazo distinto, el plazo para su cumplimiento es de 30 días siguientes a la fecha de su notificación. La obligación de cumplir el laudo en el plazo previsto se acompaña de una obligación de comportamiento, consistente en que el Estado miembro obligado a cumplirlo deberá informar a la otra parte en la controversia, así como al GMC, sobre las medidas que adoptará para cumplirlo dentro de los 15 días contados desde su notificación (artículo 29.3).

Una novedad importante del Protocolo de Olivos consiste en su intento de someter a control jurisdiccional las divergencias que puedan surgir acerca de si un laudo arbitral se ha cumplido o no. Si el Estado beneficiado por el laudo entiende que las medidas adoptadas por la otra parte no dan cumplimiento al mismo, dispone de un plazo de 30 días desde la adopción de tales medidas para llevar la situación a la consideración del Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* o del TPR que dictó el laudo. El tribunal que corresponda dispondrá, a su vez, de un plazo de 30 días para dirimir estas cuestiones (artículo 30.1 y 2). Nada se indica, sin embargo, acerca del plazo en el que las partes en la controversia deberán ajustar su conducta al nuevo pronunciamiento del tribunal, ni de lo que ocurre en caso de que no se proceda de esta forma. Llama también la atención la previsión contemplada en el artículo 30.3, pues si para este tipo de controversias «no fuera posible convocar al Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* interviniente, se conformará otro con el o los suplentes necesarios mencionados en los artículos 10.2 y 10.3». Esta previsión resulta correcta, aunque no se entiende el porqué de su alcance limitado, ya que no se ha regulado algo similar para el caso de que lo que no se pudiera convocar, por las razones que fuera, sea a los mismos árbitros que integraron el TPR.

(Autor: Valentín Bou Franch. Catedrático de Derecho Internacional/ U. de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Amin Ferraz, Daniel y Sandra Picart García. «El arbitraje como forma alternativa de solución de controversia en el MERCOSUR». En Bou Franch, Valentín (Coord.). *Nuevas controversias internacionales*

y nuevos mecanismos de solución. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 545-588. Bou Franch, Valentín. «Los procedimientos de solución de controversias en el MERCOSUR». *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, 2007, n.º 2, pp. 257-308. Rey Caro, Ernesto José. *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2002, p. 100. Dreyzin de Klor, Adriana. «El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones». *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2005, n.º 3, pp. 69-105.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje en la Organización Mundial del Comercio. Arbitraje interestatal. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Medidas compensatorias en el MERCOSUR. Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR. Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR.

Lex Mercatoria

La llamada Nueva *Lex Mercatoria* es el conjunto de principios y normas transnacionales de origen consuetudinario y naturaleza espontánea, de aceptación general en todos, o casi todos los Estados que participan en el comercio internacional. Denominada también Ley de los Comerciantes, ya que es creada por y para ellos, refleja las costumbres, prácticas y usos del comercio internacional. Constituye un sistema de Derecho Comercial autónomo o supranacional en el sentido de que existe separadamente de los ordenamientos nacionales.

Las fuentes de la *lex mercatoria* son los usos, costumbres y prácticas del comercio internacional, la jurisprudencia arbitral, la doctrina internacional, las leyes uniformes, los principios generales del comercio internacional, las convenciones internacionales vigentes y no vigentes y las condiciones generales de contratación, entre otras. No existe consenso en la determinación de su contenido concreto, la complejidad estriba en que se trata de un trabajo dinámico e incierto debido a que los principios y normas que la componen están en constante evolución. No hay una lista definitiva en este sentido, sino una serie de compilaciones abiertas que constituyen una progresiva codificación y que en la mayoría de los casos se complementan entre sí. A pesar de la incertidumbre

que rodea al contenido de la *lex mercatoria*, son significativas para su determinación las compilaciones realizadas por las diferentes organizaciones comerciales, las convenciones internacionales y la jurisprudencia arbitral. Cabe destacar la Convención de Viena de 1980, La Convención de La Haya de 1954, los Principios UNIDROIT y las modalidades de contratación de origen consuetudinario, como los INCOTERMS.

La *lex mercatoria*, en principio, puede aplicarse en los supuestos siguientes. En primer término, cuando el contrato está gobernado por una ley nacional, pero es imposible encontrar una regla aplicable a una cuestión específica, es decir, para subsanar lagunas legales cuando la ley elegida no es suficiente para regular todo o parte del contrato. Asimismo, cuando las partes la designan explícita o implícitamente como ley aplicable al fondo de la controversia. La elección de la *lex mercatoria* como ley substantiva aplicable no se acepta con carácter general. No obstante, existe una clara tendencia favorable. Finalmente, ciertos ordenamientos autorizan su aplicación cuando la transacción es tan internacional que no puede ser resuelta bajo la influencia de un sistema legal nacional.

En cualquier caso, la *lex mercatoria* constituye un complemento del Derecho aplicable y un valioso instrumento de adaptación e interpretación de los derechos nacionales y las convenciones internacionales a las necesidades del comercio internacional.

(Autor: Calvin Hamilton. Socio de Hamilton Abogados. Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Gaillard. «Thirty Years of Lex Mercatoria: Towards the Selective Application of Transnational Rules», 1995, 10 *ICSID Review,* n.º 208. Carbonneau. *Lex Mercatoria and Arbitration* (*JurisNet LLC*, 1998). Berger. *International Economic Arbitration*. Kluwer Law International, 2003. Lando. «The Law Applicable to the Merits of the Dispute». *Arbitration International*, vol. 2, issue n.º 2, 1986. Lowenfeld. «*Lex Mercatoria: An Arbitrator's View*». *Arbitration International*, vol. 6, n.º 2, 1990, pp. 133 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Armonización. CNUDMI/UNCITRAL. Derecho aplicable al fondo del asunto. Usos y costumbres mercantiles.

Ley aplicable al arbitraje

El Derecho o ley aplicable al arbitraje (también llamada *lex arbitri*) regula las características del mismo como procedimiento de resolución de controversias. Básicamente, dicha ley regula la validez del consentimiento arbitral, la arbitrabilidad de la controversia, el nombramiento de árbitros y su competencia (por ejemplo, la posibilidad de dictar medidas cautelares sin necesidad de acudir a un tribunal ordinario), las fases del proceso, el Derecho aplicable al fondo, la obligatoriedad del laudo, su nacionalidad, los posibles recursos o acciones frente al mismo y las funciones de tutela y apoyo de los tribunales ordinarios. Dichas funciones, en concreto, son: nombramiento judicial de árbitros, asistencia en la práctica de pruebas, adopción de medidas cautelares, ejecución forzosa de laudos o decisión sobre las acciones de nulidad. Estas funciones pueden estar reguladas en una ley de arbitraje (como la Ley Española de Arbitraje) o en una ley procesal general (como la Ley de Enjuiciamiento Civil española). Además, la *lex arbitri* será la encargada de indicar las normas de conflicto de leyes o el procedimiento para la determinación del Derecho aplicable al fondo del asunto, así como la posibilidad de decidir sobre el fondo en equidad o de acuerdo a Derecho.

Mientras que la *lex arbitri*, en ocasiones, se limita a disponer los principios básicos del procedimiento arbitral, el reglamento arbitral elegido por las partes describirá con más detalle las cuestiones procedimentales como el intercambio de escritos y la forma de los mismos, la aportación de pruebas, el interrogatorio de testigos y peritos, etc. La *lex arbitri* también puede a veces regular con precisión estos particulares, pero su aplicación será subsidiaria respecto a lo dispuesto por el reglamento arbitral elegido, excepto en aquellos puntos en los que la *lex arbitri* sea imperativa. La aplicación de la ley es subsidiaria porque la propia ley permite a las partes convenir libremente el procedimiento arbitral, lo que éstas hacen al escoger un reglamento.

La ley nacional aplicable al arbitraje (*lex arbitri*), en el arbitraje comercial internacional, viene determinada por el país sede del arbitraje, de manera que a un arbitraje con sede en Francia le es de aplicación la ley de arbitraje francesa. La sede es un concepto jurídico que no ha de coincidir con el lugar o lugares donde tengan lugar las vistas o reuniones de las partes con el tribunal. Dichas vistas o reuniones pueden tener lugar en varios lugares, elegidos por motivos logísticos o de conveniencia o, inclusive, pueden tener lugar en varios lugares a la vez, en el caso de videoconferencias o *conference calls*. Por otro lado, una ley nacional también puede ser aplicable a un arbitraje, aunque la sede del mismo no haya sido el Estado que dictó dicha ley. Ejemplos de ello pueden ser normas nacionales sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros o sobre la obtención de pruebas para arbitrajes que se sustancian en otros países.

La cuestión de si un arbitraje con sede en un país determinado puede estar sujeto a la ley de arbitraje de otro país distinto es difícil de responder, pero no se plantea en la práctica.

En lo referente a la ley aplicable a los arbitrajes de inversiones o arbitrajes mixtos, está claro que los arbitrajes iniciados al amparo de tratados internacionales como el Convenio CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Controversias relativas a Inversiones), del TLCAN (Tratado de Libre Comercio de América del Norte) o de la ECT (*Energy Charter Treaty*), están regulados en su totalidad por dichos tratados y el Derecho Internacional general, de manera que el lugar material donde tienen lugar no es relevante.

En los arbitrajes a los que se aplique el Reglamento del Mecanismo Complementario sí son aplicables las normas nacionales de la sede del arbitraje sobre nulidad de laudos. Para los arbitrajes de inversiones *ad-hoc* o sujetos a reglamentos arbitrales de instituciones arbitrales privadas, Mann entiende que la ley «procesal» aplicable es la ley nacional de la sede del arbitraje aunque, en dos importantes laudos (*ARAMCO* y

TOPCO), los árbitros consideraron que el Derecho aplicable al procedimiento era el Derecho Internacional Público. Schwebel entiende que la ley aplicable al arbitraje será la que las partes pretendan que se aplique, como también permite la Resolución de 1989 del *Institut de Droit International*. En estos arbitrajes *ad-hoc* o sujetos a reglamentos de instituciones arbitrales privadas, pero en los que una de las partes es un ente soberano, surge la duda de si el arbitraje no debería estar sujeto al Derecho Internacional Público, para evitar que un Estado, el de la sede, ejerza su jurisdicción sobre otro Estado, violando así el principio *par in parem non habet jurisdictionem*. Éste fue el razonamiento que hizo el Tribunal en el arbitraje *ARAMCO*. Sin embargo, se le puede dar la vuelta a este argumento y preguntarnos si el Estado de la sede del arbitraje daría su permiso para que un arbitraje (un acto *cuasi*-jurisdiccional, en palabras del Tribunal Constitucional español) con sede en su país, esté sometido al Derecho Internacional Público y, por tanto, escape a la aplicación de sus normas, incluso las imperativas y de orden público.

Asimismo, habría que diferenciar entre arbitrajes en los que se juzga una acción que se sitúa dentro de las potestades soberanas del Estado y arbitrajes de contenido comercial. En los casos en los que el arbitraje tuviera contenido comercial, sería más fácil entender que el Derecho Internacional Público no es aplicable al arbitraje, del mismo modo que se suele denegar la inmunidad de jurisdicción para los actos *iure gestionis*.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar/Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Redfern, A. *et al. Law and Practice of International Commercial Arbitration*. Londres: Sweet & Maxwell, 2004. Schwebel, S.M. «The Law Applicable in International Arbitration: Application of Public International Law». En *Planning Efficient Arbitration Proceedings: The Law Applicable in International Arbitration*. La Haya, ICCA Congress Series, 1996, n.º 7. Mann, F.A. «State Contracts and International Arbitration». *British Yearbook of International Law*, 1967, vol. 42.

VOCABLOS CONEXOS: Derecho aplicable al fondo del asunto. Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones. *Iure gestionis*. Reglamento arbitral. Sede del arbitraje.

Ley aplicable al convenio arbitral (ver «Autonomía de la cláusula arbitral»)

Ley más favorable en la ejecución de laudo (ver «Ejecución de laudo»).

Ley Modelo UNCITRAL

La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, con el mandato general de promover la armonización y unificación progresivas del Derecho Mercantil Internacional.

La CNUDMI elabora diversos instrumentos internacionales con distinto alcance y eficacia: desde las Convenciones y Leyes Modelos, hasta las guías jurídicas, incluyendo también otros instrumentos relativos al Derecho Mercantil Internacional.

Las Convenciones, al ser Tratados Internacionales, se incorporan a los derechos internos de los Estados cuando éstos deciden proceder al proceso de su ratificación, aprobación o adhesión. En este sentido, tal y como se indica por la propia CNUDMI, puede decirse que una convención es un instrumento vinculante, con arreglo al Derecho Internacional, para los Estados y otras entidades con capacidad para celebrar tratados, que deciden convertirse en parte en ese instrumento. En general, sólo es posible desviarse de una Convención cuando ésta permite formular reservas a sus disposiciones.

Las Leyes Modelo son, como su propio nombre indica, modelos de Ley que se ofrecen a los legisladores internos para que desarrollen su propia ley nacional sobre el tema objeto de la ley. En consecuencia, una ley modelo es un arquetipo de texto legal preparado para que los legisladores consideren la conveniencia de incorporarlo a su legislación interna. En este sentido, los legisladores nacionales gozan de una amplia libertad a la hora de decidir cómo «incorporan» dicha ley a su Derecho Interno, pues pueden ampliar o modificar sus contenidos, aunque para lograr un alto grado de uniformidad es preferible que la ley nacional no se aparte en un porcentaje alto del contenido de la Ley Modelo. La Ley Modelo se diferencia también de los Reglamentos. El Reglamento, en cambio, es elegido por las partes como parte de su contrato o, después de surgida una controversia, para regir un arbitraje destinado a resolver cualquier controversia entre ellas. En pocas palabras, la Ley Modelo se dirige a los Estados, en tanto que el Reglamento de Arbitraje se dirige a las partes (posibles o reales) en una controversia.

Las Leyes Modelo aprobadas por la CNUDMI son:

- 1985 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (enmendada en 2006).

- 1992 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre Transferencias Internacionales de Crédito.

- 1993 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre Contratación Pública de Bienes y Obras.

- 1994 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios.

- 1996 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre Comercio Electrónico con la Guía para su incorporación al Derecho Interno, junto con su nuevo artículo 5 *bis* aprobado en 1998.

- 2001 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre Firmas Electrónicas con la Guía para su incorporación al Derecho Interno.

- 2002 - Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.

(Autora: Pilar Perales Viscasillas. Catedrática de Derecho Mercantil/Universidad Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Basedow/Fernández Arroyo/Moreno (Dir.). *¿Cómo se codifica hoy el Derecho Comercial Internacional?* CEDEP, La Ley Paraguaya y Thomson Reuters, 2010. Illescas Ortiz/Perales Viscasillas. *El Derecho Mercantil Internacional. El Derecho Uniforme.* Madrid: Cerasa, 2003. Olivencia. «La Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL): Balance de un Decenio (1968-1977)». En *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Antonio Polo.* Madrid: Edersa, 1981, pp. 753-782. *Id.* «UNCITRAL: Hacia un Derecho Mercantil Uniforme en el Siglo XXI». *RDM,* 1983, n.º 207, pp. 9-35.

VOCABLOS CONEXOS: CNUDMI/UNCITRAL. Organización para la Armonización del Derecho Mercantil en África (OHADA). Reglamento arbitral. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. UNIDROIT.

Ley Modelo CNUDMI (ver Ley Modelo UNCITRAL)

Leyes de policía

«Leyes de policía» es un concepto jurídico mediante el cual se hace referencia a normas estatales de obligado cumplimiento para las personas que se encuentran en el territorio de un Estado, sean o no nacionales de ese Estado.

Su observación se hace necesaria para la salvaguarda de la organización política, social y económica del Estado y excluyen la aplicabilidad de leyes extranjeras.

Así, el Código Civil español establece que «Las Leyes… de policía… obligan a todos los que se hallen en territorio español» (artículo 8).

La identificación de las leyes de policía puede ser problemática, puesto que es muy raro que un Estado las defina como tal. En general, se reconoce entre las leyes de policía el derecho de la competencia (nacional y europeo) y las normas referidas a la seguridad laboral, de protección de menores, o la salubridad alimentaria.

Se nota en la actualidad una cierta homogenización de las leyes de policía en la medida en que aparecen ordenamientos supranacionales que priman sobre el ordenamiento doméstico, como ocurre en el ámbito de los procesos de integración regional, como la Unión Europea o el MERCOSUR. Típicamente, el Derecho de la Competencia en la Europa comunitaria es una fuente de leyes de policía comunitarias, que inciden en las operaciones comerciales intra y extracomunitarias.

Las leyes de policía son de aplicación imperativa e inmediata, independientemente de la ley designada como aplicable por la regla de conflicto o por la voluntad de las partes.

Aunque con frecuencia las leyes de policía suelen ser identificadas con la denominación de normas de «orden público internacional», las leyes de policía se distinguen del orden público por su modo operatorio.

La especificidad de las leyes de policía, que quizás haya sido más sistematizada por los autores franceses, radica en que, contrariamente al orden público, las leyes de policía están fuera del mecanismo conflictualista del Derecho Internacional Privado.

Es decir, las leyes de policía definen su propio ámbito de aplicación sin tener en cuenta la regla de conflicto, mientras que el orden público es un mecanismo típicamente conflictual que tiene una función de evicción (de la ley aplicable o de un resultado dado).

Las leyes de policía forman parte, sin embargo, del orden público internacional. Un laudo extranjero que no respetara una ley de policía del país en el cual se solicita la ejecución se vería denegar el *exequatur* por contrariedad al orden público internacional.

El artículo 9 del Reglamento (CE) n.° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (antiguo Convenio de Roma I) dispone lo siguiente:

> 1. Una ley de policía es una disposición cuya observancia un país considera esencial para la salvaguardia de sus intereses públicos, tales como su organización política, social o económica, hasta el punto de exigir su aplicación a toda situación comprendida dentro de su ámbito de aplicación, cualquiera que fuese la ley aplicable al contrato según el presente Reglamento.
>
> 2. Las disposiciones del presente Reglamento no restringirán la aplicación de las leyes de policía de la ley del foro.
>
> 3. También podrá darse efecto a las leyes de policía del país en que las obligaciones derivadas del contrato tienen que ejecutarse o han sido ejecutadas en la medida en que dichas leyes de policía hagan la ejecución del contrato ilegal. Para decidir si debe darse efecto a estas disposiciones imperativas, se tendrá en cuenta su naturaleza y su objeto, así como las consecuencias que se derivarían de su aplicación o de su inaplicación.

Según este artículo, que recoge la posición general, tanto doctrinal como jurisprudencial, en la materia, la ley de policía del foro es de obligatoria aplicación para el juez del foro, pero la ley de policía extranjera es de aplicación facultativa.

En cambio, en arbitraje, el árbitro no tiene foro. Por lo tanto, para él, todas las leyes de policía son extranjeras. En principio, el árbitro tiene que aplicar las leyes de policía de la *lex contractus* (ley aplicable al

contrato), pero no tiene la obligación de aplicar las leyes de policía de la sede del arbitraje (dicha sede no constituye un foro para el árbitro porque el arbitraje es deslocalizado) ni de otros países. Ello sin perjuicio de la aplicación de normas imperativas por motivos de orden público transnacional. Como las normas anticorrupción.

Sin embargo, para asegurarse de que el laudo que dicte no vaya a ser anulado por los tribunales de la sede del arbitraje, debido a la violación de una ley de policía del lugar del arbitraje, el árbitro puede tener interés en aplicar espontáneamente, o por lo menos, tomar en cuenta dicha ley de policía.

De la misma manera, para asegurarse de la eficacia de su laudo en el país en el que tiene vocación a ser ejecutado, el árbitro puede preferir aplicar o tomar en cuenta las leyes de policía del lugar probable de ejecución, aunque no pertenezcan a la *lex contractus*.

(Autores: Anne-Carole Cremades. Schellenberg Wittmer, Ginebra. Jorge Luis Collantes. Universidad Internacional de Cataluña. Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. Seraglini, Ch. *Lois de police et justice arbitrale internationale*. Dalloz, 2001.

VOCABLOS CONEXOS. Orden público. Derecho aplicable al fondo del asunto. Deslocalización del arbitraje internacional.

Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil

El Consejo Europeo invitó a la Comisión Europea a presentar un Libro Verde que recapitulara la situación existente relativa a las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito de la Unión Europea. El 19 de abril de 2001, la Comisión Europea presentó el *Libro Verde*

sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, (COM(2002) 196- C5-0284/2002), en el que, al objeto de conocer la situación, abrir un período de consultas y promover el debate sobre la base de las disposiciones en él contenidas, se hizo balance de la situación imperante en lo que respecta a dichos métodos de solución de conflictos.

El objetivo del Libro Verde consiste en lanzar una consulta y plantear cuestiones de orden jurídico referidas a los elementos determinantes de las distintas modalidades alternativas de solución de conflictos (en adelante, ADR) en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil, incluidos el Derecho Laboral y el relacionado con el consumidor. Se previó que las respuestas fueran entregadas antes del 15 de octubre de 2002 a la Comisión Europea, que se comprometió a tener en cuenta todos los puntos de vista en aras a definir las directrices de la política que, de este modo, debiera poder aplicar en los años venideros como promotora de iniciativas tanto legislativas como operativas. De este modo, las reacciones al presente Libro Verde —las contestaciones a las preguntas planteadas y a los comentarios generales— tienen por objeto determinar el interés que supone establecer normas sobre las distintas modalidades alternativas de solución de conflictos a escala comunitaria. El 21 de febrero de 2003 se celebró una audiencia pública sobre el tema por la comunidad jurídica y empresarial, publicándose con posterioridad las respuestas, que ponen de manifiesto una decisiva acogida positiva, aunque también se reflejaron algunas discrepancias sobre la materia.

Tal y como señala el mismo documento, el Libro Verde constituye la oportunidad de dar a conocer las ADR a un gran número de personas y permite, asimismo, hacer más inteligibles las realizaciones e iniciativas adoptadas en este ámbito por los Estados miembros y a escala comunitaria. El objetivo de la consulta pública sobre el Libro Verde es recoger, tanto las observaciones generales de los medios interesados como las reacciones específicas a las cuestiones que en él se plantean. Por tanto, este texto no es un documento con vocación normativizadora, sino que

lo que se ha pretendido con su publicación ha sido iniciar la reflexión y el diálogo sobre las ventajas e inconvenientes de las modalidades alternativas de solución de conflictos, al tiempo que promover el análisis de los problemas jurídicos que se plantean. En general y a grandes rasgos, se trata de debatir en él los asuntos relativos a los requisitos relacionados con el acceso a la justicia, las normas mínimas de calidad y el estatuto de los terceros. Más detenidamente, las cuestiones que se plantean se refieren a las siguientes cuestiones: las cláusulas de recurso a las ADR, el requisito de confidencialidad, la validez de los consentimientos, los problemas relativos a los plazos de prescripción, la eficacia de los acuerdos derivados de las ADR, la formación de los terceros que intervienen en el proceso, así como su acreditación y su régimen de responsabilidad, etc., y con ello definir las directrices que deben presidir todos los procesos alternativos de solución de conflictos, siendo uno de los puntos clave del presente texto el relativo a la eficacia jurídica de los acuerdos, insistiendo en la necesidad de garantizar que el acuerdo que se alcance sea el realmente querido por las partes, por lo que no serían de aplicación los principios generales de Derecho Contractual que sitúan la perfección del pacto en la concurrencia de las voluntades.

En el presente documento, la noción de modalidad alternativa de solución de conflictos designa los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos aplicados por un tercero imparcial, excluyendo expresamente al arbitraje, por considerarlo más cercano al procedimiento judicial que a las modalidades alternativas de resolución de litigios, mientras que incluye otras fórmulas, tales como la mediación y la conciliación. Quedan, asimismo, excluidos: el peritaje, los sistemas de procesamiento de demandas puestos a disposición de los consumidores por los profesionales y los sistemas de negociación automática.

El hecho de que las leyes reguladoras de las modalidades alternativas de solución de conflictos difieran de un Estado miembro de la Unión Europea a otro es un serio obstáculo a los procesos de ADR transnacionales. Por ello, una de las principales metas del Libro Verde consiste

en aproximar las diferentes leyes nacionales y sus prácticas arbitrales para facilitar el mercado interno en los servicios de ADR. Además, el Libro Verde hace un especial hincapié en el ámbito de la sociedad de la información, en donde reconoce el incipiente papel de los nuevos servicios en línea de solución extrajudicial de conflictos, es decir de los «ODR» (*Online Dispute Resolution*) en materia de solución de litigios transfronterizos a través de Internet. Se cuestiona si se deben tratar de un modo distinto los métodos de resolución de conflictos *on line*, un sector naciente que se caracteriza por la innovación y la evolución rápida de las nuevas tecnologías y por las peculiaridades que comporta, y los métodos tradicionales o, al contrario, referirse sin discriminación a ambos métodos.

El Libro finaliza con veintiuna preguntas abiertas, dirigidas a profesionales expertos, en aras a configurar el *corpus* del cual partir para elaborar una verdadera normativa comunitaria. Destaca el Libro Verde que, de las contestaciones proporcionadas por los Estados miembros al cuestionario previo elaborado, parecen dibujarse algunos principios comunes a todos los procedimientos ADR. Menciona entre los principios generales que todos los Estados miembros consultados respetan: la voluntariedad de las partes para someterse a los ADRs y la libertad para dar por terminado el proceso en cualquier momento, la autonomía para organizar el procedimiento, la exigencia de imparcialidad del tercero, la inspiración en la equidad de la actuación del tercero, el principio de confidencialidad, especialmente en la mediación, y la necesidad de garantizar el equilibrio real entre las partes.

Se constata que las características esenciales exigibles a los mediadores o terceros neutrales que dirimen las controversias deben ser las siguientes: a) profesionalidad, b) una formación adecuada (posesión de recursos y habilidades), c) el manejo de técnicas de gestión de conflictos, d) la posesión de cualidades indispensables para transmitir confianza y facilitar la comunicación entre las partes, etc.

El Libro Verde es el precedente inmediato de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, presentada por la Comisión Europea el 22 de octubre de 2004, que finalmente se convirtió en la Directiva n.º 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

(Autora: Ana Montesinos García. Profesora Contratada Ramón y Cajal de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: *Dictamen del Comité Económico y Social Europeo, de 11 de diciembre de 2002, sobre el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil,* (DO C 85/8). Ortuño Muñoz, P. «El Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil». *Revista Iuris-La Ley*, n.º 77, noviembre 2003, pp. 42-48.

Lista de árbitros

La lista de árbitros es un mecanismo del que disponen las instituciones arbitrales para proceder a la designación de árbitros. Muchas instituciones arbitrales tienen una lista de árbitros a los que encomiendan los arbitrajes. Pero, la forma de funcionamiento y utilización de esta lista varía de unas instituciones a otras. Algunas de ellas ni siquiera tienen tal lista, por lo menos de forma oficial, como es el caso de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (conocida habitualmente como CCI). Otras tienen una lista cerrada de árbitros, siendo únicamente los incluidos en tal lista los que pueden realizar arbitrajes encomendados a la institución. Otras, en fin, tienen una lista abierta de árbitros en los que confían, pero que no son los únicos que pueden realizar arbitrajes sometidos a la institución, pudiendo, por el contrario, las partes ponerse de acuerdo en alguien no incluido en la lista, y reservándose, por lo general, la institución una facultad de confirmación.

Éste es el caso de la Corte de Arbitraje de Madrid. Las partes, al pactar la cláusula arbitral, deberán ser especialmente vigilantes en este aspecto ya que incidirá notablemente en su facultad de designar árbitro. La lista de árbitros de casi todas las cortes de arbitraje puede ser consultada en la página web de cada institución arbitral, incluyendo algunas de estas páginas web información sobre la nacionalidad, idiomas y especialización del árbitro, el currículum de éste en un formato descargable y un buscador de árbitros.

(Autora: Elena Gutiérrez García de Cortazar. Letrada de la Corte de Arbitraje de Madrid).

Litigios societarios

Son las disputas entre socios o controversias societarias. Los motivos para que se produzcan discrepancias en el ámbito societario son diversos y derivan de la realidad de cada negocio, en un contexto específico, pudiendo incluso generar efectos sobre los intereses de terceros. También es relevante el nivel de vinculación que pueda existir entre las partes, a partir de un contrato que plasme el tipo de sociedad adoptada por las partes.

Tanto el crecimiento del negocio como, en el otro extremo, la secuela de una eventual crisis económica o de la empresa, pueden producir situaciones conflictivas entre los socios. En el primer caso, pueden presentarse reclamos de los asociados para distribuir con equidad las mayores utilidades y beneficios. En el segundo caso, la crisis generaría una situación que puede desembocar en la quiebra de la empresa, que obligue a su liquidación y, en consecuencia, a la distribución de los bienes societarios entre los socios. Dados los intereses en conflicto, cualquiera de estos escenarios es propicio para que se produzca una disputa entre socios.

El arbitraje es ideal para la solución de este tipo de controversias. Pero, para hacer posible el arbitraje, será necesario contar con el respectivo convenio arbitral. Éste puede haberse incluido en los estatutos de la sociedad o, de no ser así, podrá constar en un documento independiente que cumpla con los requisitos de validez que requiere un convenio arbitral, de acuerdo al marco jurídico aplicable.

La doctrina continental europea distingue entre el compromiso arbitral, pactado al momento de surgir la controversia, y la cláusula compromisoria o cláusula arbitral, incluida *ex ante* en el contrato societario. En la actualidad, la tendencia que se aprecia en el Derecho comparado es a favor de considerar ambas formas simplemente como un convenio arbitral, en tanto que obligan a las partes a arbitrar, requieren del consenso de ambas para su celebración y basta con la iniciativa de una parte para exigir el arbitraje.

En cuanto a la metodología a utilizar, se puede constatar que la experiencia demuestra que lo primero que debe hacerse es un inventario o balance de la situación societaria o del *partnership*. De esta manera, se contará con información objetiva para proceder a decidir posteriormente lo que le corresponde a cada socio. Éste puede ser un procedimiento complejo que abarque inclusive la propiedad intelectual de la empresa, el valor de la o las marcas, o el *know-how* desarrollado, entre otros.

De otro lado, las partes podrán pactar si el arbitraje se llevará a cabo mediante la aplicación de determinada ley para resolver la controversia de fondo, o si los árbitros contarán con facultades para resolver la controversia *ex aequo et bono* (en equidad). Cada una de las modalidades ofrece ventajas y desventajas que deberán ser evaluadas en el momento de pactar el convenio arbitral.

Asimismo, la Corte Suprema Federal de Suiza, en el caso n.º 4A_446/2009, ha resuelto recientemente, en un caso de *partnership disputes*, que el convenio arbitral incluido en los estatutos de la sociedad

no se aplica a la pretensión de responsabilidad que plantea un socio en contra del Directorio de la empresa, habiendo sido la empresa declarada previamente en estado de insolvencia, a solicitud de sus acreedores. La Corte Suprema confirmó así el criterio de la Corte Comercial del Cantón de Berna, que resolvió en su oportunidad que el convenio arbitral no abarcaba la materia controvertida reclamada por el demandante sobre responsabilidad de los directores y que la demanda debía ser presentada en sede judicial. Del mismo modo, se estableció que no cabía que el Directorio de la empresa plantease una excepción basada en la existencia del convenio arbitral, para eludir una demanda judicial por responsabilidad. Este criterio ya estaba recogido en la doctrina, así como el criterio que establece que un convenio arbitral incluido en los estatutos de una empresa, no es vinculante para los socios que estaban obligados por el anterior estatuto, si éste no contaba con un convenio arbitral. En todo caso, si se desea que el arbitraje sea vinculante, es conveniente regularizar su carácter obligatorio mediante documentos o adendas adicionales al estatuto societario.

(Autor: Franz Kundmüller Caminiti/Círculo Peruano de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Bond, Stephen R. «Cómo redactar una cláusula compromisoria». En *El Arbitraje Comercial Internacional*, Suplemento Internacional. Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI (abril 1995), pp. 25-35. Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones.* Lima: Fondo Editorial de la UPC, 2007, pp. 199-257. Suárez Anzorena, Ignacio. «Algunas notas sobre los grupos de sociedades y los alcances del acuerdo arbitral según la práctica internacional». En *Revista Internacional de Arbitraje* n.º 2 (enero-junio 2005), pp. 55-75. Von Segesser, Georg. *«Swiss Federal Supreme Court Denies the Applicability of an Arbitration Clause in the Articles of Association to Liability Claims Against Board of Directors of an Insolvent Company»*. En *Kluwer Arbitration Blog*; http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2010/07/07/swiss-federal-supreme-court-denies-the-applicability-of-an-arbitration-clause-in-the-articles-of-association-to-liability-claims-against-board-of-directors-of-an-insolvent-company.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Inactividad de las partes.

Litisconsorcio

1. Definición. Pluralidad de partes en un proceso arbitral

Lo normal es que el proceso de arbitraje se desarrolle para solucionar un conflicto surgido entre dos partes, un demandante y un demandado.

Sin embargo, puede darse la circunstancia de que el arbitraje se entable por varios demandantes y/o frente a varios demandados. Se entiende así que hay *pluralidad de partes.*

Esta pluralidad de partes puede surgir por diversas causas, pero la más habitual es la que tiene en cuenta su carácter originario o sobrevenido, es decir, si la pluralidad de partes se da ya desde el inicio mismo del proceso o surge con posterioridad. Cuando la pluralidad de partes es originaria se habla de litisconsorcio; cuando es sobrevenida, se habla de intervención procesal.

2. Clases de Litisconsorcio. Activo y Pasivo

Existe litisconsorcio cuando la demanda es presentada por varios demandantes o es dirigida frente a varios demandados, o ambas cosas a la vez. Así estaremos ante un *litisconsorcio activo* —pluralidad de demandantes— o *litisconsorcio pasivo* —pluralidad de demandados—.

2.1. Litisconsorcio voluntario y litisconsorcio necesario

Existe litisconsorcio voluntario cuando quien interpone la demanda decide presentarla con pluralidad de partes ya sea actores o demandados o ambos simultáneamente.

Existe litisconsorcio necesario cuando una norma jurídica impone que la demanda sea presentada por varios sujetos o frente a varios sujetos. Este litisconsorcio, a su vez, puede ser activo o pasivo.

2.2. Litisconsorcio activo necesario y litisconsorcio pasivo necesario

Los ordenamientos vigentes prevén únicamente el litisconsorcio necesario pasivo, ello se debe a que la mayoría, por no decir la práctica totalidad de los supuestos de litisconsorcio necesario, lo son con respecto a los demandados. Este hecho se debe a que la mayoría de leyes en presencia de relaciones jurídicas con una pluralidad de titulares activos, suelen permitir a cualquiera de ellos ejercitar los derechos derivados de dicha relación.

2.2.1. Litisconsorcio pasivo necesario

Aunque no en todos los ordenamientos jurídicos encuentra regulación expresa la institución del litisconsorcio necesario (en España, país de los redactores de este término, no es hasta la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento n.º Civil 1/2000 de 7 de enero de 2000, mientras que en otros ordenamientos como el alemán, el austriaco y el italiano ya se recogía), lo cierto es que la necesidad de que actúen varios en el proceso o de que la demanda se dirija simultáneamente frente a dos personas ha sido objeto de creación y amplio desarrollo jurisprudencial y doctrinal en aras del principio de que nadie puede ser condenado sin haber gozado de la oportunidad de ser oído en juicio —*nemo debet inaudita damnari*—, de la imposibilidad de extender los efectos de una sentencia a quien no ha sido parte en un procedimiento y finalmente de la inconveniencia de fallos o decisiones contradictorias en un mismo asunto.

La consecuencia de estos principios es la exigencia de que la relación procesal se constituya válidamente mediante la llamada al proceso de cuantos elementos subjetivos estén vinculados frente a quien inicia la acción de forma conexa e independiente en el negocio sustantivo de que nace la acción que se hace valer ante los órganos jurisdiccionales y que pueden resultar afectados por el fallo o decisión del órgano judicial.

El litisconsorcio pasivo necesario, en fin, tiene como objetivo procurar que la relación jurídico-procesal esté constituida con todas las personas que en atención a su situación, vínculo o titularidad respecto a la relación material objeto de la controversia, han de quedar necesariamente afectadas por la sentencia o decisión que, en su caso, se dicte.

Para que opere el carácter forzoso del litisconsorcio necesario se *exige una unidad de relación material* que vincule a los interesados de manera que sean titulares de un derecho susceptible de padecer lesión a consecuencia de la sentencia o decisión por hallarse, directa e inseparablemente ligados *in actu,* debiendo buscarse tal vinculación en la situación jurídico-material controvertida del pleito, con presencia de todos los interesados en ella, únicos que pueden ser condenados (o afectados) como litis consortes necesarios (pasivos).

Se trata de llamar al proceso a todos aquéllos que puedan resultar afectados, en sus derechos e intereses, por el proceso seguido, bien porque así lo imponga la Ley o porque vengan vinculados con el objeto de la controversia. La razón de ser de la excepción procesal de referencia se halla en el principio de evitación de la indefensión que informa a todo ordenamiento jurídico.

En algunos ordenamientos jurídicos se establece la necesidad de que sea el órgano judicial el que de oficio controle la correcta configuración de la relación jurídico-procesal. La configuración de la relación jurídico-procesal es una cuestión que afecta al orden público y obliga a todo juzgador a preservar el principio de contradicción y el derecho de acceso a los tribunales sin indefensión, el control de oficio tiene como finalidad conseguir, salvaguardando el principio de audiencia bilateral, que la cosa juzgada material despliegue sus efectos y de evitar que se dicten eventuales fallos (o decisiones) contradictorios sobre un mismo asunto.

Los requisitos que, en general, se exigen para la existencia de esta figura son:

a. Nexo común entre presentes y ausentes que configura una comunidad de riesgo procesal.

b. Que ese nexo, sea inescindible, homogéneo y paritario.

c. Que el ausente del proceso no haya prestado aquiescencia a la pretensión del actor.

d. El más importante, que se trate de la *misma relación jurídico-material* sobre la que se produce la declaración, pues, si no es así, si los efectos a terceros se producen con carácter reflejo, por una simple conexión o porque la relación material sobre la que se produce la declaración le afecta simplemente con carácter prejudicial, entonces la intervención del tercero en el litigio podrá ser voluntaria o adhesiva, mas no forzosa.

2.2.2. El litisconsorcio pasivo necesario en el procedimiento arbitral

Es un principio esencial en cualquier clase de procedimiento, sea judicial o arbitral, que nadie puede resultar afectado por una resolución dictada en un procedimiento en el que no ha sido parte.

En general, se puede afirmar que rigen en el procedimiento arbitral los mismos fundamentos que en la justicia ordinaria para la salvaguarda de los principios de contradicción procesal y defensa, sin que se pueda pretender que por el carácter especial del primero y su teórica simplificación de trámites dejen de observarse tales principios en garantía, precisamente, de derechos fundamentales.

Ahora bien, no hay que olvidar que el proceso arbitral sólo puede tener lugar si las partes así lo han convenido de forma expresa en el denominado convenio arbitral o cláusula arbitral, en la que las partes acuerdan someter cualquier controversia que surja entre ellas derivada de una relación contractual determinada. Es decir, solamente podrán acudir

al proceso arbitral las partes que están vinculadas por el acuerdo de arbitraje y, por tanto, no puede traerse al mismo a otras partes que no estén vinculadas por dicho convenio salvo, claro está, sumisión expresa de éstas.

A nivel internacional es de destacar la Ley Modelo de la CNUDMI (Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional) sobre arbitraje comercial e internacional que constituye un fundamento sólido para la armonización y el perfeccionamiento deseados de las leyes nacionales. Esta ley regula todas las etapas del proceso arbitral, desde el acuerdo de arbitraje hasta el reconocimiento y la ejecución del laudo arbitral, ahora bien, ésta no considera otros aspectos objetivos o subjetivos del proceso como la cosa juzgada, litisconsorcio y otras cuestiones que serán consideradas por las leyes positivas de los países en donde se desarrolle el arbitraje.

En consecuencia, el presupuesto básico para la existencia de litisconsorcio pasivo necesario antes de examinar la concurrencia de los requisitos propios de esta figura será la vinculación de todas las partes a ese acuerdo arbitral. A partir de aquí, habrá que acudir a la ley positiva de aplicación al procedimiento arbitral concreto para comprobar si la figura del litisconsorcio pasivo necesario se encuentra regulado de forma expresa o no y, en su caso, los requisitos de procedencia exigidos por la jurisprudencia y doctrina de ese país. Finalmente, no hay que olvidar que la falta del debido litisconsorcio no ha de derivar *per se* en una nulidad procesal, por la sencilla razón de que, salvo excepciones tasadas, la cosa juzgada jamás se extiende a quien no fue parte en el proceso. En el último término tan sólo podría desembocar en un laudo que no produjera efecto alguno.

(Autores: Fernando Jaureguizar Ducable/Miriam Clapés Oleartículo Abogados asociados de Amat & Vidal-Quadras Advocats).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional. Convenio arbitral. CNUDMI.

Litisdependencia arbitral

En sentido amplio, la litispendencia se puede definir como la existencia de otro procedimiento en el que concurre la triple identidad subjetiva, objetiva y causal.

Por tanto, y desde el punto de vista del arbitraje, implica la existencia de un procedimiento arbitral en el que concurren las identidades anteriormente citadas, y que imposibilitará el inicio de otro procedimiento arbitral con el mismo objeto y entre las mismas partes, hasta el momento en el que no concluya aquél mediante una resolución diferente a la de un laudo que se pronuncie sobre el fondo del asunto.

La discusión en torno a la litispendencia arbitral se ha centrado en el hecho de determinar si cabe alegar la litispendencia arbitral cuando, posteriormente, se inicia un procedimiento judicial entre las mismas partes y con el mismo objeto. En este punto, la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París (CCI) en el laudo arbitral dictado en el asunto n.º 5103/1988, dispuso:

> Litispendencia propiamente dicha puede surgir únicamente entre dos jurisdicciones de un mismo Estado o de dos Estados diferentes cuando las reglas de competencia de su jurisdicción autorizan a ambas a conocer de un mismo litigio. Esta situación de conflicto no puede surgir entre jurisdicción arbitral y una jurisdicción estatal, ya que su respectiva existencia no depende más que de un factor, la existencia, la validez y la extensión del convenio arbitral […].

Por tanto, y desde este punto de vista, no cabe afirmar la existencia de litispendencia entre un tribunal jurisdiccional y otro arbitral, toda vez que la litispendencia supone la competencia simultánea de dos órganos jurisdiccionales para conocer de un mismo asunto, extremo imposible en materia arbitral, toda vez que siendo válido y eficaz el convenio, el órgano jurisdiccional ya no resulta competente para conocer del fondo del asunto.

Así las cosas, la institución clave para defender la existencia de un procedimiento arbitral no es la alegación de la excepción de litispendencia, sino el ejercicio de la declinatoria conforme a las reglas previstas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez definido el concepto y aclarado que no cabe hablar de litispendencia entre procedimiento arbitral y judicial, las dudas e interpretaciones surgen en torno al momento en el que nace la litispendencia arbitral, de forma que podría entenderse que concurre el supuesto de litispendencia con la mera solicitud de arbitraje o, por contrario, que surge en el momento en el que la otra parte ha aceptado el sometimiento a arbitraje.

El punto de partida debe residenciarse en el artículo 27 de la Ley de Arbitraje (LA), que prevé que salvo que las partes no hayan convenido otra cosa, la fecha en la que el demandado reciba el requerimiento de sometimiento a arbitraje, se considerará como el inicio de éste.

Otra pregunta que cabría formularse es la tendente a determinar qué se entiende por requerimiento.

Una primera interpretación sería la de considerar que requerimiento es el acto emitido por la institución arbitral o el árbitro o tribunal arbitral, por la que se emplaza al demandado para que conteste la demanda.

Otra interpretación, tal vez la menos rígida, es aquélla que considera el requerimiento como la comunicación de una parte a la otra, en la que se manifiesta la voluntad de someter la controversia a arbitraje.

Como complemento de ambas tesis, podemos afirmar que, técnicamente, pueden surgir algunas dudas en torno al momento en el que debe entenderse producida la litispendencia, ya que hasta que no se formula la demanda no quedan perfectamente definidas las tres identidades.

Por tanto, y partiendo de todo lo anterior, podemos afirmar que la litispendencia arbitral sólo se produce cuando se trata de ventilar una misma controversia recurriendo a dos procedimientos arbitrales distintos, y que el hito temporal para considerar que nace la misma es aquél en el que una parte comunica a la otra su voluntad de someter la cuestión a arbitraje.

Contrariamente, lo que no cabe en sentido estricto es alegar la litispendencia arbitral en caso de que cualquiera de las partes haya iniciado un procedimiento judicial, de forma que la actuación procesal correcta sería la de alegar la declinatoria, por estar sometida la cuestión a arbitraje, toda vez que el arbitraje no es un proceso, sino un equivalente jurisdiccional que no produce una verdadera litispendencia.

A pesar de lo expuesto, sí es cierto que existen algunas resoluciones judiciales en España que han acogido la excepción de litispendencia del procedimiento arbitral por la jurisdicción. Ejemplo de las mismas lo encontramos en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección Cuarta de fecha 22 de marzo de 2002 o en el Auto del Tribunal Supremo (aunque referida a una oposición al reconocimiento de un laudo extranjero) de fecha 10 de diciembre de 2003.

(Autora: Antonia Magdaleno. Prof. Der. Procesal de la U. De Valencia y Socia Directora de Antonia Magdaleno Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Garberí Llobregat, J. En *Cuestiones problemáticas en el procedimiento arbitral de consumo*. Actualidad Jurídica Aranzadi n.º 59, 2003. Cordero Álvarez, C.I. En *Arbitraje Comercial Internacional y litispendencia jurisdiccional*. Anuario jurídico y económico Escuarialense, XL 2007. Gutiérrez de Cabiedes, E. «La Litispendencia». *Estudios de Derecho Procesal*. Pamplona, 1974, p. 348.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Declinatoria arbitral.

London Court of International Arbitration (LCIA)

a) Origen

La Corte Internacional de Arbitraje de Londres (London Court of International Arbitration), LCIA, es la decana de todas las Cortes Arbitrales internacionales, siendo fundada en 1898.

Como en su día se expresó en la *Law Quarterly Review*, su espíritu fundacional perseguía «ser rápida donde la ley era lenta, barata donde la ley era costosa y sencilla donde la ley era técnica», en definitiva pretendía retomar la tradición de los *aldermen arbitrators*, de los Comités de la Bolsa de Valores, del maíz o del carbón.

Actualmente, sus procedimientos arbitrales se rigen por un Reglamento de 1 de enero de 1998.

b) Análisis esencial del procedimiento ante la LCIA

El procedimiento se inicia mediante el correspondiente anuncio o solicitud de arbitraje, respuesta al mismo y nombramiento del Tribunal Arbitral, siendo preferida, salvo acuerdo en contrario de las partes, o de la Corte, en atención a las circunstancias del caso y si lo estime apropiado, la designación de un árbitro único. En caso de que las partes optaran por un Tribunal Arbitral, la Corte nombraría a su Presidente.

En los supuestos de pluralidad de partes, si no existiere acuerdo por escrito entre ellas para constituirse en dos partes distintas, la Corte nombrará a los miembros del Tribunal Arbitral, sin tener en cuenta sus respectivas designaciones.

Nombrado el Tribunal Arbitral, se procederá a la formalización de la demanda, contestación a la misma y eventual reconvención, pre-

viendo un trámite de réplica, tanto a la contestación a la demanda como a la contestación a la reconvención, estando legitimado el Tribunal para autorizar, previa audiencia de las partes, cualquier modificación de los citados escritos por las propias partes (artículo 22 del Reglamento LCIA).

El Tribunal Arbitral disfruta de unas amplias facultades adicionales, respecto de las habituales en otros reglamentos arbitrales, que son enumeradas en el artículo 22, así como de la posibilidad de adoptar medidas cautelares (artículo 25). En materia de costas rige el criterio progresivo de imposición, según el relativo éxito o fracaso de las pretensiones de las partes (artículo 28 LCIA).

El Reglamento (artículo 26.9) considera que las partes renuncian irrevocablemente a cualesquiera vías de recurso de apelación o revisión ante cualquier juzgado o autoridad judicial competente, siempre que dicha renuncia pueda ser válidamente realizada.

(Autor: Pablo Fernando Poza Cisneros. Secretario General de la Corte Española de Arbitraje. Abogado del Estado).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Redfern, Hunter, Blackaby y Partasides. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, 2006. Weigand, Davies J. «*Practitioner's Handbook on International Commercial* Arbitration», 2010.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje institucional. Reglamento arbitral.

Lugar del arbitraje (ver «Sede del arbitraje»)

M

Mala fe (ver «Buena fe»)

Mediación

Del latín *mediatione*, es la acción y el efecto de mediar, verbo intransitivo que se define como intervenir, interponerse entre dos o más personas para ponerlas de acuerdo [Alcover-Moll].

Desde una perspectiva institucional, la mediación es un proceso de resolución de conflictos, voluntario y confidencial, en el que interviene un mediador, imparcial y neutral, que favorece la comunicación de las partes en un conflicto para que alcancen, por ellas mismas, un acuerdo satisfactorio de conformidad con sus respectivos intereses y necesidades. También se concibe como un medio de prevención, gestión y transformación de conflictos.

Es un medio autocompositivo de resolución de controversias, puesto que son las personas que se hallan en una situación de conflicto las que llegan a una solución mediante acuerdos. El mediador, con su intervención, crea el espacio de comunicación necesario para que las partes puedan verbalizar, expresar sus opiniones y distintos puntos de vista; favorecer un clima propicio para que cada una de ellas pueda expresar su versión de la situación; en su caso, ventilar sus emociones; fijar los puntos concretos de conflicto y propiciar que las propias partes generen opciones de solución. El mediador no es, pues, ni un árbitro ni un juez. A diferencia de lo que sucede en los procesos heterocompositivos de resolución de conflictos (juicio y arbitraje), el mediador no es quien decide el resultado de la controversia a favor de una u otra de las partes.

Son ellas mismas las que, a través de la comunicación, pueden llegar a acuerdos que pongan fin a la situación de conflicto.

Mediación y arbitraje comparten, no obstante, la consideración de ADR (*Alternative Dispute Resolution*), o lo que es lo mismo, la resolución alternativa [al procedimiento judicial] de conflictos. Por ello, en ocasiones, van de la mano, de tal modo que la mediación constituye una fase previa al arbitraje (sirva como ejemplo el artículo 38 del Real Decreto n.º 231/2008 de 15 de febrero de 2008, por el que se regula el sistema arbitral de consumo en España): primero se intenta, vía mediación, que las partes lleguen a un acuerdo, sin que haya vencedores ni vencidos; si ello no es posible, el árbitro decide la controversia a favor de una o de otra de las partes. Mediación y arbitraje coinciden, además, en que son procesos que deben instarse por voluntad de las partes, más económicos y rápidos que el procedimiento judicial, a la vez que confidenciales. Difieren, sin embargo, en el hecho de que el laudo arbitral tiene, por sí mismo, carácter ejecutivo, mientras que el acuerdo de mediación deberá revestirse de la forma jurídica necesaria para obtener dicho carácter.

La mediación se rige por unos principios esenciales: la voluntariedad, la confidencialidad, la imparcialidad y la neutralidad.

La mediación es voluntaria en el sentido de que cada una de las partes del conflicto inicia y pone fin a dicho procedimiento porque así lo desea. En esta misma línea, la mediación también es voluntaria para el mediador cuando constata que una o todas las partes del conflicto no tienen la actitud colaborativa que se precisa para llevar a cabo la mediación, es decir, voluntad de comunicarse con la otra parte, de fijar los puntos de conflicto, de generar las opciones necesarias que solucionen el conflicto. En algunos ordenamientos jurídicos, la mediación es un proceso obligatorio previo a la vía judicial, por lo que se cuestiona su voluntariedad. Al respecto, puede considerarse que la voluntariedad se centra, en realidad, en el alcanzar o no acuerdos: las partes no están obligadas a llegar a pactos, si ése no es su deseo.

La confidencialidad es otro de los principios fundamentales en la mediación, por cuanto que supone, en sentido positivo, que todas las personas que intervienen, directa o indirectamente, en el proceso de mediación, deben preservar la información que se ha obtenido en dicho proceso, por consiguiente y, en sentido negativo, no pueden revelarla. La finalidad de dicha confidencialidad no es otra que garantizar la confianza de las partes en un proceso en el que, por encima de todo, se prima la comunicación y la información que, verbalmente o documentalmente, las partes pueden proporcionar. Si dicha información no quedara preservada con la confidencialidad, las partes no querrían acudir a mediación, con el riesgo de que esta información pudiera ser utilizada por la otra parte en un juicio posterior. La confidencialidad se predica, pues, de la información que se obtiene en mediación. Tiene estrecha relación con el secreto profesional, derecho y deber al que está sujeto el mediador, así como cualquier otro profesional que pueda intervenir en el proceso. En esta línea, el mediador no podrá ser llamado a declarar en juicio como testigo para que revele información de lo que se ha comentado en el proceso de mediación. No es, sin embargo, un principio absoluto, pues caben excepciones, legalmente establecidas, como sería, a título de ejemplo, el caso de que en el proceso se manifieste violencia física o psíquica de una de las partes. El mediador está obligado a denunciar esta situación.

Otros dos caracteres de la mediación son la imparcialidad y la neutralidad, principios muy próximos, susceptibles de ser definidos por separado desde un punto de vista teórico, más difícil de apreciar en la práctica. El mediador es neutral respecto del resultado del proceso de mediación; es imparcial en sus relaciones con las partes (Recomendación R (98) 1E del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre la mediación familiar, de 21 de enero de 1998). Así, en virtud de la imparcialidad, el mediador no se posiciona a favor de ninguna de las partes, no favorece a ninguna de ellas a lo largo del proceso de mediación, respetando los intereses y los puntos de vista de cada una de ellas. Por su parte, como consecuencia del principio de neutralidad, el

mediador no orienta a las partes para alcanzar soluciones que les puedan resultar más favorables, de acuerdo con su propia escala de valores, ni tampoco impone acuerdos. Los valores, sentimientos y prejuicios del mediador no deben ser llevados al proceso de mediación, imponiendo de acuerdo con ellos criterios propios en la toma de decisiones de las partes.

En suma, la esencia de la imparcialidad se halla, pues, en el no favorecer a ninguna de las partes durante el proceso de mediación; la esencia de la neutralidad radica en no imponer una solución, en no influir en ellas. (Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, *Generalitat de Catalunya*, *Departament de Justícia*, Barcelona, 2010, p. 190).

Además de la voluntariedad, confidencialidad, imparcialidad y neutralidad, principios fundamentales de la mediación, algunas legislaciones incluyen otros como son, a título de ejemplo, la buena fe, la cooperación o la flexibilidad, entre otros. Los dos primeros se refieren a las partes; el tercero, al proceso. La buena fe se predica de las partes en conflicto, en el sentido de que actúan con sinceridad y honradez. Dicha buena fe se presume, por lo que será el mediador quien deberá observar los comportamientos de las partes para detectar necesidades o intereses ocultos que puedan desvirtuar la confianza en el procedimiento, como así podría suceder si la mediación se utiliza, por ejemplo, con finalidades dilatorias, para posponer un eventual procedimiento judicial. Además de la buena fe, las partes deben tener una actitud cooperadora a lo largo de todo el proceso de mediación, es decir, manifestando sus posturas, sus puntos de vista, aportando la documentación que sea necesaria en cada momento y caso concreto, participando activamente en las sesiones que se vayan desarrollando, siendo creativos a la hora de generar las opciones de solución que les permitan alcanzar los acuerdos más satisfactorios posibles, de acuerdo con los intereses y necesidades respectivos que las partes hayan puesto de relieve. La flexibilidad, por otra parte, es un carácter del proceso de mediación que viene dado por la existencia de unas fases o etapas que se adaptan a las personas y sus

circunstancias en cada caso y momento, sin la rigidez que se deriva de, por ejemplo, el procedimiento judicial.

El proceso de mediación es, como decíamos, flexible. Según cual sea la situación y las personas implicadas, se desarrollarán las fases de un modo u otro, a criterio del mediador, el profesional experto. Se suele hablar de los modelos de mediación, siendo considerados principalmente tres: el modelo tradicional lineal (basado en la negociación de la escuela de negocios de Harvard, para conflictos de tipo económico y en los que el mediador tiene un comportamiento más directivo), el modelo transformativo (en el que la mediación se concibe como un medio que permite transformar la relación de las partes, a través de la revalorización y el reconocimiento, lo que supone rebajar la tensión entre ellas) y el modelo circular narrativo (la comunicación es el elemento esencial que permite construir una nueva historia que tenga en cuenta los contextos de todas las partes, legitimándolas).

La mediación es un proceso para resolver conflictos en muchos ámbitos. Así, se habla de la mediación internacional, de la mediación familiar, mediación empresarial, mediación escolar, mediación sanitaria u hospitalaria, mediación comunitaria, ciudadana o social (en los barrios o entre vecinos); de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, de la mediación penal, etc. Desde un punto de vista jurídico, la mediación, en cuanto que proceso encaminado a que las partes alcancen acuerdos que pongan fin a la situación de conflicto en la que se encontraban, incide en materias respecto de las cuales las partes tengan libre disposición. Así, las partes no tienen la libre disposición para estar, legalmente, divorciadas, por lo que ello no es mediable; sin embargo, sí que pueden pactar los efectos de la ruptura del vínculo matrimonial, por lo que se refiere a los hijos habidos en común, la vivienda familiar, las pensiones, por lo que estos aspectos sí que son susceptibles de ser acordados por las partes, merced a la intervención de un mediador.

(Autora: Isabel Viola Demestre.
Profesora Titular de Derecho Civil de la U. de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Baruch Bush, Robert A. y Joseph P. Folger. *The promise of mediation: responding to conflict through empowerment and recognition*. San Francisco: Jossey-Bas Publishers, 1994. Casanovas, P. [*et altri eds.*]: Materiales del Libro Blanco de la Mediación en Cataluña, *Generalitat de Catalunya*, *Departamento de Justicia*. Barcelona, 2009. *Diccionari català-valencià-balear*, iniciada por Mn. Antoni Alcover, tomo VI, redactado por Francesc de B. Moll, con la colaboración de Manuel Sanchís Guarner. Palma de Mallorca, 1954. García Villaluenga, Leticia. *Mediación en conflictos familiares: una construcción desde el Derecho de Familia*. Editorial Reus, 2006. Suares, Marinés. *Mediación. Conducción de disputas. Comunicación y técnicas*. Paidós, 1996.

VOCABLOS CONEXOS: *Alternative Dispute Resolution*. Cámara de Comercio Internacional. Conciliación. K. *Mini trial*.

Medida antiproceso

El mecanismo conocido como *anti-suit injunction*, o «medida antiproceso», se presenta como una herramienta de gestión de la competencia judicial internacional propia de la tradición jurídica anglosajona, que se desarrolla ante situaciones de múltiples foros y *forum shopping*, si bien se diferencia de la excepción de litispendencia internacional en un importante aspecto: mientras esta última defiende la jurisdicción llamada a conocer en primer lugar, la *anti-suit injunction* persigue atribuir el caso a su «jurisdicción natural».

En una primera aproximación, cabría definir la *anti-suit injunction* como una orden discrecional de un tribunal, dirigida a una persona bajo su jurisdicción, que prohíbe o condiciona el comienzo o la continuación de un proceso ante otro tribunal. Se parte de la idea de que, ante la disyuntiva competencial, uno de los tribunales parece encontrarse en mejor situación que el otro para conocer del asunto, por diferentes razones según el caso. Ante este panorama, una de las partes —el requirente de la medida— solicita la *anti-suit injunction* y en el supuesto en que se acuerde, efectivamente, la contraparte deberá desistir del otro proce-

dimiento. Se trata, por lo tanto, de una medida *in personam* contra el litigante a quien va dirigida la orden, no se dirige frente al otro tribunal.

Utilizada en un inicio en un ámbito geográfico limitado a las distintas jurisdicciones del ámbito anglosajón, la primera decisión con este origen dirigida contra un demandante ante una jurisdicción continental es relativamente reciente, datando de 1988. En *Hemain* c/ *Hemain*, se concedió una *anti-suit injunction* contra el marido evitando de esta manera que prosiguiera el procedimiento de divorcio incoado por éste en Francia, estando pendiente uno anterior iniciado por la mujer en Inglaterra. De esta manera, en su proyección internacional podría concebirse como un mecanismo de defensa frente a una demanda interpuesta en el extranjero.

Se trata, pues, de una institución de reciente irrupción en la Europa continental pero de constante presencia desde ese momento. Actualmente, su recurso es característico en los Estados Unidos de América y el Reino Unido, conociéndose, asimismo, en otros países como Canadá o Australia. Ahora bien, el hecho de que se trate de una figura característica de ciertos sistemas legales y, al mismo tiempo, inexistente en otros, conlleva que su eventual aplicación en los segundos, como es de imaginar, pueda resultar problemática.

Así, la incidencia de esta institución sobre el engranaje procesal de ciertos países que la desconocen no ha pasado desapercibida para la doctrina. Ante la pregunta sobre la posibilidad de acoger una *anti-suit injunction* en un sistema legal distinto de aquél en que se origina, la respuesta mayoritaria ha sido negativa. El fundamento de esta afirmación parte básicamente de la injerencia de corte negativo que esta institución supone en la determinación de la competencia judicial internacional de tribunales extranjeros. Nos encontramos ante una medida dirigida a desplegar efectos en el contexto de un sistema jurídico distinto de aquél en el que se pronuncia: la orden de no hacer contemplar un comportamiento —el planteamiento de una demanda— que se desarrolla ne-

cesariamente en el extranjero. Ahora bien, dichos efectos no se limitan al comportamiento de las partes, sino que van más allá, afectando a la función jurisdiccional de otros Estados.

Dicho de otro modo, a pesar de que las *anti-suit injunctions* persiguen como primer objetivo modular la actuación procesal de los particulares, es innegable que suponen una intromisión —aunque sea indirecta— en los procedimientos incoados ante tribunales foráneos. Impiden su inicio o su continuación. De esta suerte, esta irremediable consecuencia colisiona de lleno frente a la máxima por la que la atribución de la competencia judicial internacional a un tribunal estatal compete en exclusiva a la normativa del Estado del tribunal concernido —ya sea de fuente convencional, comunitaria o nacional—, y no así a los dictados de una jurisdicción extranjera. Dicha facultad ha sido tradicionalmente reservada a la soberanía de los Estados y permanece todavía hoy de incólume vigencia.

En definitiva, las *anti-suit injunctions* son difícilmente conciliables con las reglas del Derecho Internacional Público y, como consecuencia de lo anterior, no es de extrañar que la mayoría de los autores perciban problemas de reconocimiento en jurisdicciones que desconocen esta figura. De hecho, dicha reticencia ha pasado por considerar esta problemática incluso de orden público internacional.

Ahora bien, la virtualidad de las medidas antiproceso no sólo se ha planteado en el ámbito de los procesos judiciales internacionales, sino también en determinados supuestos relativos a procesos arbitrales, de presente o futuro desarrollo, con el fin de proteger la eficacia de convenios arbitrales. Como es sabido, los tribunales estatales suelen desempeñar un papel de asistencia al arbitraje, por medio de la adopción de medidas cautelares, designación de árbitros, ejecución de laudos... En este caso, tal asistencia va mucho más allá, ya que estamos refiriéndonos a la adopción de una medida que prohíbe entablar un proceso judicial alegando la existencia de un convenio arbitral.

Así, un convenio arbitral por el que se acuerda acudir al arbitraje en caso de litigio constituye una obligación sobre la que cabría fundamentar una *anti-suit injunction*. El convenio arbitral es vinculante para las partes, y esa obligatoriedad puede dar lugar a la reclamación de su virtualidad, frente al otro, que la niega. Así, el artículo II.3 de la Convención de Nueva York sobre el reconocimiento y la ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, de 1958, señala que «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», amén del artículo 11.1 de la n.º Ley 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje en España, a pesar de no contar el ordenamiento español con medidas antiproceso en el sentido anglosajón: «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» (en el momento de escribir estas líneas, el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley n.º 60/2003 contempla una nueva figura procesal para oponerse a la competencia de un tribunal por la existencia de un convenio arbitral, la llamada «excepción de arbitraje»).

Así, el convenio arbitral produce un doble efecto: positivo y negativo. Positivo por cuanto las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, deciden someter la controversia a uno o más árbitros; negativo por cuanto sustraen la controversia del conocimiento de los tribunales de justicia. Por ello, si una parte contraviene el convenio arbitral y acude a los tribunales de un Estado para dirimir la controversia, la contraparte puede pedir al tribunal que decline su jurisdicción. Dentro de esta última vertiente negativa, la *anti-suit injunction*, como mecanismo de «protección» de la voluntad de las partes, plasmada en el convenio arbitral, supone no sólo una herramienta de amparo que se otorga al solicitante de la misma que ve vulnerado el acuerdo arbitral frente a la actuación de la contraparte, sino también una salvaguarda de la propia institución del arbitraje.

En el ámbito comunitario, la problemática relativa a las *anti-suit injunctions* como medio de protección del arbitraje se vio afectada recientemente por la sentencia del TJCE que sobre la materia pronunció el 10 de febrero de 2009 en el asunto *West Tankers* (asunto C-185/07), como consecuencia de una cuestión prejudicial planteada ante el mismo en 2007 por la *House of Lords* británica. La decisión del tribunal europeo supuso el comienzo de una nueva fase para la materia, ya que, en resumidas cuentas, ha cerrado las puertas a la invocación de medidas antiproceso con el fin de proteger convenios arbitrales en el ámbito de la Unión, al considerar esta posibilidad incompatible con el Reglamento (CE) n.º 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 suma, las *anti-suit injunctions* aparecen como unas medidas correctoras o de gestión de la pluralidad de vías de resolución de conflictos, ya sea en el marco judicial o en el arbitral. Suponen una prohibición de entablar procesos judiciales y, más recientemente, también arbitrales, ya que han empezado a utilizarse contra el desarrollo de estos últimos, lo que ha sido considerado por algunos como un abuso. Ahora bien, presentan más antipatías que otras figuras correctoras del *forum shopping*, ya que mientras la litispendencia internacional o el *forum non conveniens* se basan en la cooperación internacional, se ha considerado que las *anti-suit injunctions* provocan la reacción contraria.

(Autora: Carmen Azcarraga. Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Arenas García, R. «La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento n.º 44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias». *Arbitraje*, 2009, vol. II. Bollée, S. «Quelques remarques sur les injonctions anti-suit visant à protéger la compétence arbitrale (à l'occasion de l'arrêt The Front Comor de la Chambre des Lords)». *Revue de l'arbitrage*, 2007, n.º 2. Clavel, S. «Anti-suit injunctions et arbitrage». *Revue de l'arbitrage*, 2001, n.º 4. Callé, P. «Incompatibilité des anti-suit injunctions avec le règlement (CE) n.º 44/2001 du 22 décembre 2000». *Semaine juridique*, 2009, n.º 37. Gaillard, E. (Ed.) *Anti-suit*

injunctions in International Arbitration, IAI Seminar. París-Huntington-N.Y.: Juris Publ. Bern: Staempfli, 2005. Gross, P. «Anti-suit injunctions and arbitration». *Lloyd's maritime and commercial law quarterly*, 2005, n.º 1. Ilmer, M. e I. Naumann. «Yet another blow, anti-suit injunctions in support of arbitration agreements within the European Union». *International Arbitration Law Review*, 2007, n.º 10(5). Perillo, F. «Arbitrato comunitario e anti-suit injunctions nella sentenza West Tankers della Corte di Giustizia». *Diritto del commercio internazionales: pratica internazionale e diritto*, 2009, vol. 23, n.º 2. Requejo Isidro, M. *Proceso en el extranjero y medidas antiproceso (anti-suit injunctions)*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Santiago de Compostela, 2000. Ruiz Abou-Nigm, V. «Medidas cautelares en el litigio internacional. Las *freezing injunctions* y las *anti-suit injunctions*». En Dreyzin de Klor, A. y D.P. Fernández Arroyo. *Litigio judicial internacional*. Buenos Aires: Zavalía, 2005. Seriki, H. «Anti-suit injunctions and arbitration: a final nail in the coffin?». *Journal of International Arbitration*, enero 2006, vol. 23, n.º 1. Seriki, H. «Anti-suit injunctions, arbitration and the ECJ: an approach too far?». *Journal of Business Law*, 2010, n.º 1. Swanson, S.R. «Anti-suit injunctions in Support of International Arbitration». *Tulane Law Review*, 2006, vol. 81, n.º 2.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Reglamento comunitario n.º 44/2001.

Medidas cautelares/preliminares

Se ha dicho, no sin razón, que las medidas cautelares pueden ser tan importantes como la decisión en cuanto al fondo, por lo que la existencia de un régimen uniforme se torna en un objetivo esencial para el desarrollo y el éxito del arbitraje comercial internacional. La deseada y necesaria uniformidad del arbitraje —la globalidad normativa— ha venido de la mano de la CNUDMI/UNCITRAL. Por ello, las líneas que siguen estarán centradas en el régimen jurídico sobre las medidas cautelares elaborado por la CNUDMI.

El grupo de trabajo II de la CNUDMI sobre arbitraje y conciliación, bajo la presidencia del delegado de México, el profesor José María Abascal Zamora, necesitó más de seis años para concluir su trabajo en materia de medidas cautelares, aprobando un larguísimo Capítulo IV A por el que se dota a las medidas cautelares y, también a una institución

novedosa, las órdenes preliminares, de un régimen jurídico completo frente a la parquedad de las leyes de arbitraje y del original artículo 17 LMA (facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas provisionales cautelares) que se ve superado por la nueva regulación. Este precepto, que fue importante en su momento, fue introducido en la legislación de numerosas Leyes de Arbitraje, sobre todo de aquéllas que implementaron la Ley Modelo: artículo 17 Ley de Arbitraje Comercial Internacional de 1993 (Federación Rusa); Ley de Arbitraje Comercial Internacional de 2004 (Chile); artículo 24 Ley de Arbitraje de 2003 (Japón) y el artículo 1433 Código de Comercio de México. Si bien el artículo 17 en su redacción de 1985, fue un paso importante, sin duda lo es más el nuevo régimen reformado en el año 2006.

El nuevo Capítulo IV A se refiere a las medidas cautelares y a las órdenes preliminares en un amplio artículo 17, letras A a J, que se divide en cinco secciones, compartiendo las dos mencionadas instituciones la sección 3.ª.

El párrafo 1.º del artículo 17 revisado comienza su redacción estableciendo como principio general la facultad de los árbitros para otorgar medidas cautelares. La regla, como sucede en numerosísimas cuestiones arbitrales, no sólo está sujeta al principio rogatorio o dispositivo y, en consecuencia, a la petición de una de las partes, sino que además cede ante el acuerdo en contrario de las mismas. Esta nueva formulación está en plena consonancia con el artículo 17, en su primera versión de la Ley Modelo, confirmándose dos principios generales aplicables a las medidas cautelares en el arbitraje comercial internacional: la petición a instancia de parte y la primacía del principio de autonomía de la voluntad (*vid*. no obstante, el artículo 47 Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otro Estados (CIADI), donde se prevé que el tribunal arbitral pueda emitir de oficio una medida cautelar).

Frente al silencio de la derogada Ley de Arbitraje de 1988, silencio por otra parte habitual en numerosas leyes de arbitraje, la facultad del tribunal arbitral de ordenar medidas cautelares en nuestro país hoy es admitida gracias a la vigente Ley de Arbitraje de 23 de diciembre de 2003, que en su artículo 23 se refiere indubitadamente al poder de los árbitros de ordenar medidas cautelares; a éste siguen los Reglamentos de Arbitraje más importantes de nuestro país. La LEC vigente desde el año 2000 vino parcialmente a paliar esta penosa situación, admitiendo expresamente la concesión de medidas cautelares por los jueces españoles instrumentales de un procedimiento arbitral (artículos 722 y ss. LEC). Pese a los preceptos de la LEC que, desde luego, permiten la asistencia o apoyo de los tribunales del Estado al arbitraje en esta materia, lo cierto es que ésta no se pronuncia acerca de si los árbitros pueden adoptar medidas cautelares. Así las cosas, finalmente en el año 2003 con la aprobación de la vigente LA, la concesión de tutela cautelar a los árbitros es ya una realidad indiscutible. En este sentido, contrasta la situación de nuestro país con la de otros países, donde la potestad de otorgar medidas cautelares se reserva a los jueces.

La medida cautelar aparece definida en el nuevo artículo 17.2 LMA como toda medida temporal por la que se ordene a una de las partes que:

a) Mantenga o restablezca el *statu quo* en espera de que se dirima la controversia;

b) Adopte medidas para impedir algún daño actual o inminente o el menoscabo del procedimiento arbitral, o que se abstenga de llevar a cabo ciertos actos que probablemente ocasionarían dicho daño o menoscabo al procedimiento arbitral;

c) Proporcione algún medio para preservar bienes que permitan ejecutar todo laudo subsiguiente; o

d) Preserve elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia.

La definición proporcionada, aunque aparentemente cerrada, es lo suficientemente elástica como para incluir un elenco muy variado de hipótesis susceptibles de provocar la solicitud de una medida cautelar. Frente al sistema de lista que se emplea en algunos ordenamientos jurídicos y por el que se especifican singularmente las medidas cautelares que se pueden adoptar, siendo éste el caso de la LEC española (artículo 727), si bien proporciona una cláusula general a modo de cierre (artículo 727.11), la Ley Modelo opta por categorías generales amplias donde caben encuadrar las más variadas medidas cautelares.

Además, frente a la redacción original del artículo 17, en las nuevas disposiciones modelo se desvincula a la medida cautelar del objeto del litigio. Se amplía expresamente de esta forma el objeto de la medida cautelar, que puede abarcar no sólo al objeto o a la relación jurídica controvertida, sino a otras situaciones que excedan de la relación jurídica, como las contempladas en los apartados a), b) o c) del artículo 17.2 LMA. Así, en el apartado a) podrían tener cabida las medidas cautelares dirigidas a mantener la confidencialidad del proceso, que como tales no tendrían cabida en la redacción original del artículo 17 LMA. Especial mención en relación con el apartado b) indicado puede hacerse de las conocidas como *anti-suit injunctions* (medidas anti-proceso), esto es, una orden del tribunal arbitral por la que se prohibiese acudir ante un juez estatal para iniciar ante él el litigio principal o incluso para que se desista de una demanda ya iniciada ante un tribunal estatal, por ejemplo. Estas *anti-suit injunctions*, en nuestra opinión, y pese a la ardua discusión generada en el seno del Grupo de Trabajo, estarían enmarcadas en el ámbito de la LMA y, por lo tanto, pueden ser consideradas como un tipo de medida cautelar. En relación con el apartado c), se incluirían, por ejemplo, como una medida cautelar las garantías relativas a los costes del arbitraje (*security for costs*), medida que se ha considerado de forma mayoritaria que no entraría en el tenor original del artículo 17 LMA, cuestión diferente es la conveniencia o no de otorgar dicha medida por el árbitro.

La LA española sigue en este punto a la redacción original del artículo 17 LMA, de ahí que la doctrina se muestre conservadora ligando la competencia arbitral para dictar una medida cautelar con el objeto del arbitraje por razón de su instrumentalidad. Entendemos que esta posición doctrinal habrá de revisarse necesariamente a la luz de las nuevas disposiciones de la CNUDMI.

En cuanto a la forma, se establece que la medida cautelar puede adoptar o no la forma de un laudo (artículo 17.2). Este reconocimiento expreso de la liberalidad en cuanto a la forma de la medida, que ha sido adoptado también en el artículo 23.2 LA, ha de verse en conjunción con el sistema de reconocimiento y ejecución de la medida que se prevé en el nuevo capítulo IV LMA, evitándose de este modo la denegación del *exequátur* de la medida cautelar por no adoptar la forma de un laudo o por no constituir un laudo obligatorio.

El artículo 17 A.1 establece las condiciones para el otorgamiento de la medida cautelar típicamente acogidas para esta institución, tanto en los ordenamientos internos como en la práctica del arbitraje internacional:

- El *fumus bonis iuris* o la apariencia de un buen derecho, esto es, la existencia de un principio de prueba de su derecho, confirmando, además, el artículo 17 A.1 b) que la determinación a que llegue *prima facie* el tribunal arbitral no prejuzgará toda determinación subsiguiente.

- La existencia del *periculum in mora*, esto es, el peligro por la mora procesal: necesidad de evitar un peligro notable o el agravamiento del litigio.

Junto a ello, el precepto se refiere al estándar o nivel de demostración que el solicitante de la medida deberá emplear frente al tribunal arbitral. El solicitante no ha de probar dichas condiciones, sino que le basta con desplegar la actividad necesaria para *convencer* (*shall satisfy*) al tribunal

de que ambos concurren en el caso en cuestión. Una posible excepción a la aplicación de las condiciones mencionadas se hace en relación con las medidas cautelares dirigidas a preservar elementos de prueba que pudieran ser relevantes y pertinentes para resolver la controversia (artículo 17.2 d) LMA), y es que tanto el *fumus bonis iuris* como el *periculum in mora* sólo se aplican «en la medida en que el tribunal lo estime oportuno» (artículo 17 A.2).

Se prevé que el tribunal arbitral pueda modificar, suspender o revocar toda medida cautelar. Dicho poder actúa, ya sea a instancia de parte o de oficio, aunque en este último caso su actuación queda supeditada a que concurran circunstancias excepcionales y a la previa notificación a las partes. Si se produce alguna de las circunstancias enunciadas en el artículo17 D en relación con una medida cautelar, se origina para la parte que esté solicitando o haya obtenido su reconocimiento o ejecución el deber de comunicar la decisión arbitral al tribunal nacional competente (artículo 17 H.2). Se prevé, igualmente, que el tribunal arbitral pueda exigir al solicitante que preste una garantía adecuada respecto de la medida o la orden. En este sentido, se pronunciaba, también, el artículo 17 LMA, en su primera versión.

La caución ha sido tradicionalmente considerada como un presupuesto de la medida cautelar, de forma que, salvo que el reglamento arbitral dispusiese lo contrario, debía pedirse al solicitante de la medida el depósito de una garantía. Se formula, pues, en términos de condición.

Si el tribunal llega al convencimiento de que no debería haber otorgado la medida, condenará al solicitante de la medida al pago de las costas y de los daños y perjuicios ocasionados. La disposición impone una regla de distribución de las costas y de los daños y perjuicios que prevalece sobre las reglas generales que puedan existir, en su caso, en las reglas de arbitraje.

Por lo que atañe al momento de su otorgamiento, la medida podrá concederse una vez que se constituya el tribunal arbitral y hasta el momento

previo a la emisión del laudo por el que se dirime definitivamente la controversia (artículo 17.2). No se ha previsto, pues, en la nueva regulación de la CNUDMI, mecanismos complementarios que posibiliten el recurso a un pre-árbitro o la formación urgente de un tribunal para que decida acerca del otorgamiento de una medida cautelar, antes de la formación del tribunal que dirimirá sobre el fondo, por ejemplo, en la ICC. Esta regla es corolaria de otra reconocida en el artículo 9 LMA, por la que la potestad de otorgar medidas cautelares recae tanto en los tribunales arbitrales como en los judiciales, sin que el recurso a la sede judicial, una vez nombrados los árbitros, implique una renuncia al arbitraje, sin que deje de reconocerse que la naturaleza contractual del arbitraje lleva a que la sede natural para el otorgamiento de las medidas cautelares resida en los árbitros, y sin que deban permitirse las cláusulas de arbitraje por las que las partes renuncian a la competencia de los tribunales estatales. Pese a lo indicado, todavía hoy existen ordenamientos jurídicos que no reconocen a los árbitros la potestad de otorgar medidas cautelares, si bien la tendencia, en las leyes de arbitraje modernas, es la de otorgar dicha facultad a los árbitros.

La sección 4.ª del nuevo capítulo IV A se ocupa del régimen jurídico aplicable al reconocimiento y ejecución de la medida cautelar, cubriendo así un importante vacío en la regulación original del artículo 17. Se erige así una de las piedras angulares del sistema, puesto que si bien puede decirse que los árbitros tienen el poder de ordenar una medida cautelar, no disponen del poder coercitivo para su ejecución. La instauración del sistema es importante, de cara a superar las dudas interpretativas que surgen ante la falta de un régimen expreso en la materia. Se evita así la denegación del *exequatur* de la medida provisional al amparo del Convenio de Nueva York, por no adoptar la forma de laudo (por ejemplo, si por su forma resulta ser una orden provisional o interlocutoria, o un laudo parcial) o, incluso, aunque se adoptase dicha forma, por no tratarse de un laudo propiamente dicho, esto es, una decisión final u obligatoria sobre la controversia.

Con el nuevo régimen, que no es aplicable a la órden preliminar, toda medida cautelar será ejecutable con independencia de la forma que adopte, ya sea una mera orden o un laudo. Con todo, ha de reconocerse que la práctica del arbitraje comercial internacional demuestra el alto grado de cumplimiento voluntario de las medidas, lo cual no es de extrañar, porque normalmente el tribunal que concede la medida cautelar examinará el fondo del asunto, por lo que no cumplir con la orden del tribunal significa empezar con «mal pie» el procedimiento arbitral. Además, los árbitros disponen de otros mecanismos para asegurarse el cumplimiento de la medida, al margen del recurso a los tribunales estatales: el tribunal podrá extraer consecuencias adversas para la parte recalcitrante al cumplimiento; esta parte podrá ser responsable de las costas y de los daños y perjuicios causados; o, si procede, el tribunal le impondrá una pena.

En cuanto al tribunal judicial competente para la ejecución, se ha de resaltar que el artículo 17 H.1 no hace exclusivamente competente al tribunal del Estado donde fue ordenada la medida, por lo que puede decirse que serán competentes, bien los jueces del lugar donde deba hacerse efectiva la medida, bien los del lugar de la sede del arbitraje.

Por lo que atañe al régimen de reconocimiento y ejecución de las medidas cautelares y, particularmente, en lo que respecta a los motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución se sigue, acertadamente en nuestra opinión, en la medida de lo posible, los artículos 35 y 36 LMA, en relación con el reconocimiento y ejecución de los laudos y, por ende, el régimen del CNY de 1958.

La última de las disposiciones sobre medidas cautelares intenta cubrir un vacío legal de algunos ordenamientos jurídicos que no han previsto que los tribunales judiciales puedan prestar auxilio judicial a los árbitros ordenando medidas cautelares, o que sólo lo han previsto en relación con arbitrajes que se sustancian en su territorio. De esta forma, el artículo 17 J señala que «El tribunal gozará de la misma competencia para

dictar medidas cautelares al servicio de actuaciones arbitrales, con independencia de que éstas se sustancien o no en el país de su jurisdicción, que la que disfruta al servicio de actuaciones judiciales. El tribunal ejercerá dicha competencia de conformidad con sus propios procedimientos y teniendo en cuenta los rasgos distintivos de un arbitraje internacional».

(Autora: Pilar Perales Viscasillas. Catedrática de Derecho Mercantil/ U. Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Cucarella Galiana, L.A. El procedimiento arbitral (Ley n.º 60/2003, 23 de diciembre, de Arbitraje). Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2004, p. 331; *Id.* «La potestad de los árbitros para decretar medidas cautelares». *Anuario Justicia Alternativa*, 2004, n.º 5, pp. 85-106. Donovan, D.F. *Powers of the arbitrators to issue procedural orders, including interim measures of protection, and the obligation of parties to abide by such orders. International Court of Arbitration bulletin*, 1999, vol. 10, n.º 1, p. 68. Garcimartín, F.J. *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional.* Madrid: McGraw Hill, 1996. Huntley, C. *The Scope of Article 17: Interim Measures Under the UNCITRAL Model Law. The Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitratio*n, 2005, vol. 9, n.º 1, pp. 71 y ss. Malinvaud, C. *Modification de la Loi modèle CNUDCI sur les mesures intérimaires: un texte de compromise sur les mesures ex parte. In L'arbitrage en France et en Amérique Latine à l'aube du XXIe siècle: aspects de droit comparé*. Fauvarque-Cosson, B. *et* A. Wald (Dir.) París: Société de législation comparée, 2008, pp. 61-71. Perales Viscasillas, P. *Medidas cautelares en el Arbitraje Comercial Internacional: modificación de la Ley Modelo de la CNUDMI. Revista Jurídica de Catalunya*, 2007, n.º 2, pp. 87-123. Yesilirmak, A. *Provisional Measures*. En *Pervasive problems in international arbitration* (Editado por Loukas A. Mistelis/Julian D.M. Lew). La Haya: Kluwer Law International, 2006.

VOCABLOS CONEXOS: *Anti-suit injunction*. CNUDMI. Exequatur. Laudo. Órdenes preliminares.

Medidas compensatorias en el MERCOSUR

El tema de las medidas compensatorias está íntimamente relacionado con la cuestión de la obligatoriedad del cumplimiento de los laudos arbitrales en el MERCOSUR (véase la voz «Laudos arbitrales en el

MERCOSUR»). Por ello, el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR le dedicó a este tema dos artículos referidos, respectivamente, a la facultad de aplicar medidas compensatorias (artículo 31) y a la facultad de cuestionar tales medidas (artículo 32).

Por lo que se refiere a la facultad de aplicar medidas compensatorias, ésta surge cuando el Estado obligado por el laudo no cumple, a juicio del Estado beneficiado, total o parcialmente, el laudo arbitral, tras vencer el plazo previsto para su cumplimiento. A esta apreciación del Estado beneficiado por el laudo le sigue la potestad, también unilateral, de iniciar la aplicación de medidas compensatorias temporales, tales como la suspensión de concesiones u otras obligaciones equivalentes. Esta facultad del Estado beneficiado tiene dos condiciones muy concretas: estas medidas compensatorias se pueden comenzar a aplicar durante el plazo máximo no prorrogable de un año, contado a partir del día siguiente al término del plazo para el cumplimiento del laudo; y su imposición está encaminada a obtener el cumplimiento del laudo en cuestión. En cualquier caso, el Estado beneficiado puede imponer medidas compensatorias con independencia de que recurra o no al procedimiento previsto en el artículo 30 para la solución de diferencias sobre el cumplimiento de los laudos.

El Estado beneficiado por el laudo que decida imponer medidas compensatorias debe cumplir dos obligaciones de comportamiento. Ese Estado «procurará», en primer lugar, suspender las concesiones u obligaciones equivalentes en el mismo sector o sectores afectados. Si considera unilateralmente que esta posibilidad es impracticable o ineficaz, podrá suspender concesiones u obligaciones en otro sector, debiendo indicar las razones que fundamentan esta decisión. En segundo lugar, las medidas compensatorias que vaya a adoptar las deberá notificar formalmente al Estado que deba cumplir el laudo con una anticipación mínima de 15 días.

Correlativamente, el Protocolo de Olivos reconoce al Estado obligado por el laudo la facultad unilateral de cuestionar tales medidas compen-

satorias. No obstante, el Protocolo de Olivos ha reducido a sólo dos, y creemos que hay más, los motivos que el Estado obligado por el laudo puede alegar para cuestionar las medidas compensatorias. El primer motivo es que exista un desacuerdo sobre el grado de cumplimiento del laudo. Es posible que el Estado beneficiado por el laudo arbitral aplique medidas compensatorias por considerar insuficiente el cumplimiento del laudo, pero el Estado obligado puede estimar que las medidas adoptadas son suficientes en sí mismas para darlo por cumplido. En este caso, el Estado obligado dispone de un plazo de 15 días, contados desde la notificación de las medidas compensatorias que se le van a imponer, para llevar la situación a la consideración del tribunal arbitral *ad-hoc* o del Tribunal Permanente de Revisión (TPR), según corresponda (véanse las voces «Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR» y «Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR»), quienes tendrán un plazo de 30 días para pronunciarse al respecto. El segundo motivo se da en caso de que el Estado obligado a cumplir el laudo considere excesivas las medidas compensatorias aplicadas. Para este motivo, los plazos para poner en conocimiento del tribunal que corresponda esta situación y para su pronunciamiento son los mismos que para el motivo anterior. Cuando se alegue el segundo motivo, el tribunal que corresponda deberá evaluar, según el caso, la fundamentación esgrimida para aplicar en su caso las medidas compensatorias en un sector distinto al afectado, así como su proporcionalidad con relación a las consecuencias derivadas del incumplimiento del laudo.

Si el pronunciamiento del tribunal competente fuera favorable al Estado obligado por el laudo principal, el Estado que adoptó las medidas compensatorias deberá adecuarlas a la decisión del tribunal en un plazo máximo de diez días, salvo que el tribunal establezca un plazo diferente. Nada se dispone para el supuesto de que el pronunciamiento sea favorable al Estado que impuso las medidas compensatorias. Obviamente, éstas continuarán vigentes, pero el hecho de que no se haya previsto ninguna consecuencia adicional puede convertirse en un aliciente para que el Estado obligado por el laudo principal recurra siempre ante el

tribunal competente la imposición de medidas compensatorias, pues nada tiene que perder.

Creemos que el intento del Protocolo de Olivos de someter a control jurisdiccional las diferencias que puedan surgir acerca del cumplimiento del laudo es insuficiente y, en consecuencia, debieran haberse previsto otros motivos que facultasen a las partes en la controversia a someter tales divergencias al tribunal competente en cada caso. Hemos señalado que la imposición de medidas compensatorias está sometida a una premisa (que el Estado obligado no cumpla total o parcialmente el laudo tras vencer el plazo de su cumplimiento) y a dos condiciones. Es en relación a estas dos condiciones donde surgen los problemas. Una de estas condiciones consiste en que la imposición de medidas compensatorias esté encaminada a obtener el cumplimiento del laudo en cuestión. ¿Qué ocurre si el Estado obligado entiende que las medidas impuestas no responden a esta finalidad, si no a otra distinta? Una interpretación amplia acerca de lo que son «medidas excesivas» podría cubrir esta laguna. Pero, más difícil de solucionar es la controversia que surge cuando lo que se cuestiona es la otra condición, es decir, cuando el Estado obligado alegue que la imposición de medidas compensatorias se ha producido después de vencido el plazo de un año que el Estado beneficiado por el laudo dispone para ello. En este supuesto, ninguno de los dos motivos previstos en el Protocolo de Olivos (diferencias sobre el cumplimiento del laudo o medidas excesivas) da cobertura procesal a esta pretensión.

Tampoco se ha previsto ningún control jurisdiccional relativo a la terminación de la vigencia de las medidas compensatorias. Puede ocurrir que un Estado beneficiado por un laudo aplique correctamente medidas compensatorias al Estado obligado que no cumpla el laudo en el plazo previsto. En estos casos, lo más frecuente es que el Estado obligado llegue a realizar un cumplimiento tardío del laudo arbitral. Pero, cumpliendo el laudo, aunque sea tardíamente, el tenor literal del Protocolo de Olivos no le proporciona ningún motivo para llevar esta situación a la consideración del tribunal competente, exigiendo la terminación

de las medidas compensatorias correctamente impuestas. La regulación que el artículo 32 del Protocolo de Olivos contiene acerca de la posibilidad del Estado obligado de alegar como motivo ante el tribunal competente que sí ha cumplido el laudo está concebida para cuando esta controversia se plantee al término del plazo previsto para su cumplimiento y no para los casos de cumplimiento tardío. Una posibilidad de subsanación sería que el Estado obligado pudiera alegar este primer motivo ante el tribunal competente en el plazo de 15 días contados, ya no desde la notificación formal de que se le van a imponer medidas compensatorias, sino desde la adopción de las medidas correspondientes que den efectivo cumplimiento al laudo. Pero, esta interpretación contradice el tenor literal del artículo 32. En nuestra opinión, tampoco se trata de un supuesto de «medidas excesivas», ya que este motivo supone que se puedan seguir aplicando medidas compensatorias, aunque por una cuantía menor o en un sector diferente, cuando en realidad se trata de medidas compensatorias que se deben dar por terminadas al haber desaparecido la causa que provocó su adopción.

Una interpretación literal del Protocolo de Olivos puede causar problemas prácticos en el supuesto en que el Estado beneficiado por un laudo aplique medidas compensatorias y, simultáneamente, lleve a la consideración del tribunal competente una controversia sobre el cumplimiento del laudo, de conformidad con el artículo 30. No se puede descartar la posibilidad de que el tribunal competente llegue a pronunciarse a favor del Estado obligado por el laudo principal. Pronunciamiento que puede, a su vez, referirse a dos hipótesis distintas: primera, que las medidas adoptadas por el Estado obligado por el laudo principal son en sí mismas suficientes para dar por cumplido el laudo principal; segunda, que el tribunal competente constate un incumplimiento parcial del laudo principal, pero en un grado o cuantía inferior al pretendido por el Estado beneficiado por el laudo principal. Las consecuencias jurídicas de ambos pronunciamientos son distintas, aunque ninguna se ha previsto en el Protocolo de Olivos. En la primera hipótesis, el pronunciamiento del tribunal competente debe acarrear la nulidad automática y absoluta

de las medidas compensatorias impuestas, así como la obligación de indemnizar por todos los perjuicios causados al Estado obligado por el laudo principal. En la segunda hipótesis, el pronunciamiento del tribunal competente debe implicar la modificación inmediata de las medidas compensatorias impuestas para adecuarlas a su decisión, así como la obligación de indemnizar por los daños y perjuicios causados debidos a los excesos de tales medidas.

En todo caso, resulta paradójico, en nuestra opinión, que el Protocolo de Olivos contemple expresamente las consecuencias de la posibilidad de incumplimiento de un laudo arbitral principal, una vez vencido el plazo previsto para su cumplimiento, y no contemple, sin embargo, la posibilidad de que lo que se incumpla sea el pronunciamiento del tribunal competente acerca de si se ha cumplido o no el laudo principal.

(Autor: Valentín Bou Franch. Catedrático de Derecho Internacional/ U. de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Amin Ferraz, Daniel y Sandra Picart García. «El arbitraje como forma alternativa de solución de controversia en el MERCOSUR». En Bou Franch, Valentín (Coord.). *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 545-588. Bou Franch, Valentín. «Los procedimientos de solución de controversias en el MERCOSUR». *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, vol. 2, 2007, pp. 257-308. Rey Caro, Ernesto José. *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2002, p. 100. Martínez Puñal, Antonio. «El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en MERCOSUR: una reforma en clave continuista». *Anuario de Derecho Europeo*, vol. 3, 2003, pp. 177-198. Dreyzin de Klor, Adriana. «El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones». *Revista Latinoamericana de Derecho*, vol. 3, 2005, pp. 69-105.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Laudos arbitrales en el MERCOSUR. Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR. Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR.

Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones

El concepto de medidas equivalentes a la expropiación *(measures tantamount to expropriation),* tiene su origen, para la doctrina, en el término *takings*, el cual fue tomado de la Constitución de los Estados Unidos de América en su quinta enmienda, cuyo significado es el de medidas equivalentes a la expropiación. (De Cossio González, Francisco. *Medidas equivalentes a la expropiación en el arbitraje de inversión*).

«La Quinta Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos de América, la cual forma parte de la Carta de Derechos de los Estados Unidos de América, está relacionada con el procedimiento legal. Sus garantías provienen del Derecho Común Británico, como se estableció en la Carta Magna, en 1215. Por ejemplo, el Gran Jurado y el «debido proceso» encuentran su origen en la Carta Magna». En *Wikipedia.*

En inglés, *«No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation».* Y en español, «Nadie estará obligado a responder de un delito castigado con la pena capital o con otra infamante si un gran jurado no lo denuncia o acusa, a excepción de los casos que se presenten en las fuerzas de mar o tierra o en la milicia nacional cuando se encuentre en servicio efectivo en tiempo de guerra o peligro público; tampoco se pondrá a persona alguna dos veces en peligro de perder la vida o algún miembro con motivo del mismo delito; ni se le compelerá a declarar contra sí misma en ningún juicio criminal; ni se le privará de la vida, la libertad o la pro-

piedad sin el debido proceso legal; ni se ocupará su propiedad privada para uso público sin una justa indemnización».

El sentido gramatical de la expresión «medidas equivalentes», alude implícitamente a la expropiación formal, que es lícita y cuyo significado para el *Diccionario de Uso del Español María Moliner* es el de «quitarle a alguien legalmente una cosa pagándole la indemnización correspondiente». La expropiación hecha conforme a Derecho, aunque es lícita y poco común, aparece autorizada en los textos constitucionales (en América Latina, *v.gr.* el artículo 47 de la Constitución Política de la República de Panamá, el artículo 58 de la Constitución de Colombia) e igualmente en el Derecho Internacional, siempre que atienda a tres requisitos básicos: *1)* Que se haga por razones de orden público e interés social. *2)* Debe respetar el principio de legalidad y sujetarse a un proceso. *3)* La expropiación, conlleva la obligación de pagar una indemnización.

Estos requisitos no han de cumplirse en la expropiación que emerge al margen de la ley, también denominada indirecta, ya que provienen de medidas que causan una erosión patrimonial que priva al propietario del uso y disfrute de la misma, sin que la titularidad de la propiedad cambie, tal como ocurre en la expropiación formal o directa, amparada en nuestros códigos civiles, tales como el de Panamá, en el artículo 338, el de Uruguay, en el artículo 492, el de México en el artículo 831, el de España en el artículo 349. Éste es el civilismo cultural expropiatorio contrapuesto al derecho (emergente) de inversiones, contenido en los tratados, bilaterales (BIT) y multilaterales, que reconocen los derechos sustantivos y procesales, que gobiernan la materia y que obligan a indemnizar.

El artículo V, literal 2 del Tratado Franco-Panameño de 1982 (APPRI), similar a otros tratados, preceptúa: «Las partes contratantes no tomarán medidas de expropiación o de nacionalización o cualquier otra medida cuyo efecto sea desposeer, directa o indirectamente a los nacionales y a

las sociedades de la otra parte, de las inversiones que le pertenezcan en su territorio y en sus zonas marítimas, a no ser que sea por razones de utilidad pública o de interés social, y siempre y cuando dichas medidas no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso específico sobre el particular. Las medidas de desposesión que pudieran tomarse, deben hacerse de conformidad con los procedimientos legales o constitucionales respectivos y pagar una indemnización pronta y adecuada**,** cuyo importe, calculado sobre el valor íntegro de las inversiones correspondientes, debe evaluarse con relación a una situación económica normal y anterior a cualquier amenaza de desposesión…».

La expropiación indirecta surge cuando hay *abuso de poder contra un inversionista, como la destrucción de las expectativas legítimas, la imposición de un administrador temporal, la cancelación de los negocios, interferencias contractuales, prácticas estatales inconsistentes, mala fe, discriminación,* generadas por medidas equivalentes a la expropiación, tal como lo viene confirmando la jurisprudencia arbitral internacional, como la del CIADI: *1)* Saluka Investments BV (The Netherlands) vs. *The Czech Republic,* UNCITRAL (Dutch/Czech BIT). Sentencia parcial de 17 de marzo de 2006, *2) Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomunikasyon vs. The Republic of Kazakhstan (*ARB/05/16). Sentencia de 28 de julio de 2008 (Ver: http://icsid.worldbank.org y http://ita.law.uvic.ca).

El concepto de medidas equivalentes a la expropiación o expropiación indirecta, no se sujeta a los principios de legalidad, ni a procesos y, por lo tanto, no se prevé indemnización, como tradicionalmente es entendida. Bajo ese concepto, amplio y ambiguo, la jurisprudencia arbitral de inversiones del CIADI reconoce una gama abierta de posibilidades conflictuales, tales como las ocasionadas por el de trato injusto e inequitativo, medidas discriminatorias, la mala fe, la arbitrariedad y abuso de poder por el Estado; que al menoscabar el derecho sustantivo de propiedad (pérdida de los beneficios económicos), el tribunal arbitral, al conocer el negocio que a él le someten, habrá de calificar si se corresponden con las medidas equivalentes a la «expropiación», a fin de fijar

mediante un laudo o sentencia arbitral el valor expropiatorio indirecto en la inversión.

La jurisprudencia arbitral, da cuenta de que una medida equivalente a expropiación puede darse mediante la injerencia del Estado en un solo acto o a través de la multiplicidad de actos, cuyos efectos en conjunto producen un tipo de expropiación indirecta, conocida como expropiación constructiva o progresiva (*«creping expropiation»*; ver *Tradex Hellas S.A. vs. Republic of Albania*, Laudo del 29 de abril de 1999; *Compañía del Desarrollo de Santa Elena, S.A. vs. Republic of Costa Rica,* Laudo del 17 de febrero de 2000).

El Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a las Inversiones, CIADI, ha perfilado algunas características de la expropiación indirecta, identificables, así: 1.- La expropiación indirecta conlleva una privación del dominio y los beneficios de la inversión, sin que ello implique cambio de la titularidad (ver, *CMS vs. la República Checa,* sentencia arbitral del 13 de septiembre de 2001; *Ronald S. Lauder vs. The Czech Republic*, Laudo del 3 de septiembre de 2001). 2.- Es necesario distinguir si la medida adoptada por el Estado la realiza en el ejercicio de su poder de imperio, con un propósito exclusivamente regulatorio*, v.gr.* medidas de tipo sanitario o, de un acto que prive de los derechos del inversor. (Ver CIADI. *Técnicas Medioambientales TECMED S.A. contra Estados Unidos Mexicanos.* Caso n.º ARB. (AF)/00/2, laudo de 29 de mayo de 2003).

(Autor: Ulises Pittí. Instituto Especializado de Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje/Universidad de Panamá).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Agirrezabalaga e Iruretagoiena. *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*. Barcelona: Editorial Bosch, 2010. Leben, Ch. *La liberté normative de l´Etat et la question de l´expropiation indirecte.* En *Le contentieux arbitral trasnational relatif à l´investissement*, París: LGDJ, 2006. García Bolívar, Omar. *Nociones básicas del arbitraje de inversiones*. www.bg-consulting.com. Lisdero, Alfredo y S. Cornu Labat. *El Protocolo de Colonia sobre protección recíproca de inversiones.* www.lisdero.com. Mancieux y Sebastien. *Las nor-*

mas sustantivas contenidas en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI). *Revista de Derecho Puertorriqueño,* 2009, vol. 48, n.º 2. Teitelbaum, A. *Los juicios contra el Estado Argentino. América Latina en movimiento*, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de inversiones. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Expropiación.

Mercado a término de Buenos Aires (ver «Arbitraje en el Mercado a término de Buenos Aires (MATba)»).

MERCOSUR (ver «Tribunales Arbitrales Ad-Hoc en el MERCOSUR»; «Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR»; «Laudos arbitrales en el MERCOSUR»; «Medidas compensatorias en el MERCOSUR»)

Mini Trial (ver «Pequeño juicio»)

Modelo de Moynier

El Modelo Moynier fue la primera idea sobre la creación de un tribunal penal internacional, planteada por Gustave Moynier, jurista suizo que planteó un tribunal bajo un modelo arbitral.

En 1872, Moynier llegó a elaborar un Proyecto de Convenio sobre la Institución de un Órgano Judicial Internacional para la Prevención y la Represión de las Violaciones del Convenio de Ginebra, en la que la justicia sería administrada por árbitros nombrados por el presidente de la Confederación Suiza, el Gobierno de tres Estados y las partes en conflicto, de la siguiente manera:

«Tan pronto como se declare la guerra, el presidente de la Confederación Suiza designará, por sorteo, a tres de las potencias signatarias del Convenio, exceptuados los beligerantes.

Los Gobiernos de estas tres Potencias, así como los de los Estados beligerantes, serán invitados a nombrar cada uno de ellos a un árbitro, y los cinco árbitros se reunirán, lo antes posible, en el lugar que provisionalmente señale el presidente de la Confederación Suiza.

Si la contienda se entablara entre más de dos Estados soberanos, aquellos que hagan causa común se pondrán de acuerdo para elegir un árbitro común.

Si en el transcurso de la guerra, uno de los Estados neutrales que haya designado árbitro, tomara parte en la contienda, se realizaría un nuevo sorteo para sustituir al mencionado árbitro».

Para Moynier el castigo era necesario porque consideraba que una sanción moral era insuficiente para las pasiones desatadas por la guerra y es curioso que el origen de la actual Corte Penal Internacional no se remonte —como suele leerse en la doctrina— a la creación de los tribunales de Nüremberg y Tokio, tras la segunda guerra mundial (los que significaron la materialización de la justicia penal internacional y de la responsabilidad internacional de individuo, porque se materializó el elemento procesal: hubo juicio y sentencia) sino a los pensamientos del citado jurista, quien vivió la época del auge de las instancias arbitrales internacionales. De ahí que el modelo de tribunal que propusiera fuera un modelo de notoria influencia arbitral.

(Autor: Jorge Luis Collantes González. Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

Modelo IISD

El Instituto Internacional para el Desarrollo Sostenible (IISD) es un centro de investigación canadiense fundado en 1990 y dedicado a promover proyectos innovadores que fomenten una forma de vida sostenible. La inversión extranjera es una de las áreas en las que este Instituto ha centrado sus investigaciones. Entre los documentos que el IISD ha elaborado en esta materia destaca el Modelo de Acuerdo Internacional sobre Inversión para el Desarrollo Sostenible (Modelo IISD). Dicho Modelo presentado en el año 2005 pretende ofrecer a los Estados un texto alternativo a los tradicionales tratados de inversión. La idea sobre la que pivota este Modelo es que únicamente se ha de potenciar la inversión extranjera que genere desarrollo sostenible. Para alcanzar esta priorización del elemento cualitativo de la inversión, se articula un Modelo IISD que, junto a la delimitación de los derechos de los inversores, se centra en proclamar los derechos del Estado anfitrión y en concretar jurídicamente los deberes del inversor. Entre las principales características novedosas de este completo texto —compuesto de 59 artículos y 6 anexos— cabe destacar las siguientes: define de una forma más restrictiva algunos términos clave en este sector como «inversión» o «Estado local» (artículo 1); otorga mayor concreción al contenido de derechos básicos de los inversores como «trato nacional» (artículo 7); impide que determinadas disposiciones adoptadas por un legislador nacional puedan ser consideradas una expropiación indirecta por el inversor (artículo 8 I, 25 D y 20); no reconoce un derecho de preestablecimiento general (artículo 3 E); admite la imposición de requisitos post-establecimiento (artículo 26); enuncia expresamente las obligaciones y deberes de los inversores (artículos 11-16); castiga muy contundentemente determinados incumplimientos del inversor —por ejemplo, permitiendo que se inicien acciones judiciales contra éste en su Estado local, impidiendo que el inversor recurra a procesos de solución de diferencias si violó la regla anticorrupción o autorizando al Estado anfitrión a solicitar la revocación de los derechos del inversor o el inicio de una acción por daños— (artículos 13, 17-18 y 44); instaura un mecanismo propio de

prevención y solución de diferencias, que presenta importantes diferencias —como la existencia de una fase de apelación— frente al sistema CIADI del que se prescinde (artículos 42-48). Hasta el momento, ningún país ha adoptado por completo esta propuesta IISD como texto modelo en materia de inversiones internacionales. No obstante, algunos APPRIs y Tratados de Libre Comercio recientes sí que han recogido varias de las novedades defendidas por el Instituto y, asimismo, el contenido de este Modelo está influenciando la redacción de varios textos que se encuentran en proceso de elaboración.

(Autora: Katia Fach Gómez. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza, LL.M.).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: http://www.iisd.org; IISD Model International Agreement on Investment, http://www.iisd.org/investment/model/; Mann, H. «*International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and Opportunities*», 2008; www.iisd.org; Gugler, P. y V. Tomsik. «*International Agreements on Foreign Direct Investments: Liberalization or Protection?*». En Satyanarayana Prasad (Ed.). *International Investment Agreements: Issues and Perspectives, Amicus Books*. Hyderabad: The Icfai University Press, 2007, pp. 1-22; Ortino, F. «*The Social Dimension of International Investment Agreements: Drafting a New BIT/MIT Model?*». *International Law Forum du Droit International,* 2007, pp. 243-250; Jezwski, M. «*There is no Freedom Without Solidarity: Towards New Definition of Investment in International Economic Law*». *Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference 2008.* Paper: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1159816; Fach Gomez, K. «Construyendo un nuevo Derecho Internacional de las Inversiones: las propuestas del Instituto Internacional para el desarrollo Sostenible». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales,* 2009, n.º 18.

VOCABLOS CONEXOS: APPRIs. U.S. Model BIT.

Monismo (ver «Sistema monista *versus* sistema dualista»)

N

Nacionalidad

La nacionalidad es un tema crucial en el mundo del arbitraje y puede tener diversas expresiones en las instituciones arbitrales especializadas que existen en el amplio y creciente espectro arbitral que hoy comprende a los ámbitos de regulación arbitral, a nivel nacional e internacional.

El espectro abarca diversas especialidades comerciales y de inversiones, incluyendo los reglamentos de las instituciones que organizan y administran arbitrajes, las legislaciones locales y los tratados internacionales. Siguiendo a la Ley Modelo de Arbitraje Internacional de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), en el ámbito del arbitraje comercial privado, la nacionalidad de las partes es determinante para clasificar a un arbitraje como internacional, pero no es el único factor que sirve para medir el nivel de internacionalización del arbitraje. También puede haber otros elementos como el domicilio, el lugar de la ejecución de prestaciones o de celebración del convenio arbitral, o el lugar de ejecución del laudo, entre otros. La internacionalización del arbitraje implica que los efectos legales del laudo y del arbitraje cuenten con características diferentes a las del arbitraje «doméstico».

La internacionalización incide a favor de la mayor autonomía del arbitraje internacional respecto de las jurisdicciones nacionales y el alcance de las normas locales de derecho interno. De hecho, ésta es una tendencia que tiene una racionalidad económica y jurídica, que debe brindar seguridad jurídica al comercio internacional y caracteriza a algunas leyes recientes, como la Ley General de Arbitraje del Perú.

En el caso del arbitraje en inversiones y concretamente en el arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas en materia de Inversiones (CIADI), la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas es uno de los factores que determina la llamada «Jurisdicción del CIADI», constituyendo un requisito de admisibilidad de la solicitud de arbitraje. El Tratado CIADI de 1965 y la Convención de Nueva York sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958, son los tratados multilaterales más importantes en materia de arbitraje.

El otro requisito de admisibilidad en el sistema del CIADI, es que la controversia verse sobre un asunto legal en materia de inversiones. El artículo 25 del Tratado CIADI establece que si no concurren los requisitos *ratione materiae* y *ratione personae*, el CIADI carecerá de «Jurisdicción» y por ende, el arbitraje no podrá ser llevado a cabo. Adicionalmente, el mismo tratado precisa los alcances del concepto de nacionalidad. Si bien no define taxativamente el concepto, no permite que un nacional pueda iniciar un arbitraje en contra de su propio Estado, mediante el uso de los servicios del CIADI. De modo que los nacionales de un Estado miembro del CIADI sí están facultados para iniciar arbitrajes en contra de un Estado ajeno a su nacionalidad, que también sea miembro del CIADI, cumpliendo así con el requisito *ratione materiae* para la arbitrabilidad de la controversia.

En la práctica internacional se ha constatado que la determinación de la nacionalidad no es un asunto sencillo. De hecho se trata de una cuestión discutida en el ámbito del Derecho Internacional Público, que no cuenta con un tratado multilateral específico. Se intentó normar al respecto en el Proyecto de la Convención de La Haya de 1930 sobre conflicto de leyes en materia de nacionalidad. Este proyecto nunca entró en vigencia. También existe el llamado Proyecto de Convención de Harvard sobre Nacionalidad de 1929, que proponía establecer ciertos límites al poder soberano del Estado para otorgar la nacionalidad, a partir de la necesidad que dicho poder sea congruente con el Derecho Internacional.

En general, se reconoce el derecho soberano de los Estados para establecer los requisitos para otorgar la nacionalidad, de conformidad con su legislación interna. Este principio fue precisado por la Corte Permanente de Justicia Internacional en el *Caso Túnez-Marruecos* de 1921.

Las legislaciones nacionales suelen organizar los criterios para establecer la nacionalidad de las personas naturales por el vínculo de sangre (*ius sanguini*), por el vínculo con el territorio (*ius soli*) o por una combinación de ambos factores. De otro lado, en el Derecho Internacional Público se suele identificar como un caso líder en temas de nacionalidad (*leading case*) el *Caso Nottebohm* de 1955, tramitado ante la Corte Internacional de Justicia. En este caso se estableció la «verificación del vínculo efectivo» como factor para determinar jurisprudencialmente la nacionalidad de una persona. Sin embargo, la doctrina más reciente precisa que los criterios previstos en el *Caso Nottebohm* pueden ser tomados en consideración siempre que no se produzca el abuso del derecho a la nacionalidad ni el abuso de la protección diplomática. Es el criterio adoptado, por ejemplo, a partir del *Caso Flegenheimer*, de la Comisión de Conciliación Ítalo Norteamericana de 1958. En consecuencia, hoy la «doctrina del vínculo efectivo» para la determinación de la nacionalidad, encuentra límites en la prohibición del abuso del derecho.

Dentro de los parámetros previstos en lo concerniente a la determinación de la nacionalidad, se diferencia el tratamiento que reciben las personas naturales del que reciben las personas jurídicas. Ambas tienen reglas específicas en el marco de la legislación de los países que les otorgan nacionalidad o de los tratados que recientemente regulan el tema, especialmente en materia de Derecho Internacional de las Inversiones, donde esto suele estar definido en forma taxativa. En el caso de la persona jurídica, se suele recurrir a una serie de supuestos para determinar la nacionalidad, como el lugar de constitución, el lugar donde se llevan a cabo las actividades relevantes de la administración, el lugar donde se ejerce el control de la persona jurídica, etc. Estos criterios han sido analizados en arbitrajes recientes en materia de inversiones, como el *Caso*

Siemens con Argentina del 2004 y el *Caso Sedelmayer* con la Federación Rusa de 1998.

De otro lado, lo referido al levantamiento del velo societario para la determinación de la nacionalidad de quienes tienen el control de una empresa, se analizó en el *Caso Elettronica Sicula* S.p.A (USA vs. Italia) de 1989, en la Corte Internacional de Justicia.

También dentro del marco del Derecho Internacional Público, la nacionalidad es un prerrequisito para el ejercicio de la protección diplomática y la realización del endoso de las reclamaciones a favor del Estado de la nacionalidad del reclamante. El endoso es un acto soberano que consiste en que el Estado del reclamante haga suya la reclamación de su nacional, recurriendo a los medios que le franquea el Derecho Internacional para buscar un resarcimiento. En la actualidad, el recurso a la reclamación diplomática es cada vez menos frecuente, debido a que se ha producido un incremento significativo de tratados internacionales que hacen viable el arbitraje, así como otros medios de solución de controversias. El ámbito en el cual esto se percibe con mayor intensidad es el del Derecho Internacional de las Inversiones, donde generalmente la reclamación diplomática queda en suspenso mientras se resuelve el arbitraje en inversiones, no siendo exigible para el inversionista extranjero el agotamiento de las vías internas previas, del país receptor de la inversión, salvo norma específica de aplicación preeminente y pudiendo el inversionista recurrir directamente a los foros internacionales, siempre que se cumplan los requisitos *ratione materiae* y *ratione personae*. El modelo de regulación de esta metodología lo encontramos en el Tratado CIADI y también en los más recientes Tratados de Libre Comercio, en sus capítulos de inversiones, así como en una amplia gama de Tratados Bilaterales de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, donde también se suele regular con precisión los alcances de la nacionalidad de las personas naturales y jurídicas.

(Autor: Franz Kundmüller Caminiti/Círculo Peruano de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Cantuarias Salaverry, Fernando. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones.* Lima: Fondo Editorial de la UPC, 2007, pp. 199-257. Kundmüller Caminiti, Franz: «El Arbitraje y los Tratados de Libre Comercio». En *Revista Peruana de Arbitraje* n.º 1 (2005), pp. 119-178. Moreno Rodríguez, José Antonio. «La Convención más trascendente de la historia del Derecho Privado». En *El Arbitraje en el Perú y el Mundo,* Lima, 2009, n.º 2. Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 649-679. Kundmüller Caminiti, Franz y Roger Rubio Guerrero. «El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte». En *Lima Arbitration* n.º 1 (2006), pp. 69-112, en http://www.limaarbitration.net/LAR1/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio_guerrero.pdf. Redfern, Alan, Martín Hunter, Nigel Blackaby y Constantine Partasides. *Teoría y práctica del Arbitraje Comercial Internacional.* Navarra, 2006, 4.ª Ed. pp. 59-101.

VOCABLOS CONEXOS: Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Arbitraje de Inversiones. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados. Protección diplomática.

Nacionalización

1. Concepto e introducción general

Existirían varias definiciones etimológicas del término nacionalización, contextualizado en el ámbito del Derecho Internacional: por nacionalización podríamos entender la transformación de una empresa o unidad económica privada (en definitiva, de un derecho de propiedad) a una empresa pública: el trasvase de un elemento de la esfera privada a la esfera pública. Incluso un acto por el que propiedades, industrias o servicios de los particulares pasan a depender del Estado. Sinónimos de este concepto podrían ser los de estatización, socialización o la más comúnmente conocida como expropiación.

Este acto de desprivatización no es ajeno al Derecho de las Inversiones Internacionales, ni al arbitraje. Como veremos más adelante, para resolver las controversias que surjan entre las partes de una nacionalización (que serán el Estado nacionalizador y la empresa privada o el particular

nacionalizada/o), un tribunal arbitral constituido al amparo el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI) puede ser competente.

Al respecto, cabe advertir que, muchas veces, la doctrina viene utilizando indistintamente los conceptos de nacionalización y expropiación, pero, como bien dice María Luisa Espada en su obra *«Nacionalización y Compensación en los contratos de Estado»*, en Derecho Internacional no existe una diferenciación técnica, ni un régimen jurídico singularizado. Las normativas jurídicas internacionales aplicables tampoco establecen definiciones técnicas de estos procesos de desprivatización, y en cualquier caso las diferencias entre ambos conceptos, prácticamente sinónimos, vendrían dados por criterios de los efectos que produzcan estos procesos respectivamente, el alcance de la medida, los métodos utilizados o incluso las posibilidades de retornar a la esfera privada el bien nacionalizado.

La autora Elisa Torralba en la obra *«Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales»* distingue la nacionalización respecto de la expropiación y de la confiscación, estableciendo que en la primera el Estado nacionalizador prosigue con la explotación del bien expropiado, mientras que en la expropiación cesa esa voluntad de explotación con la finalidad única de que el bien pase a la esfera pública, mediando una indemnización y, finalmente, la confiscación, en la que ni siquiera media dicha indemnización, por eso conlleva un rechazo por parte del ordenamiento jurídico. Finaliza la autora indicando que la nacionalización es la transferencia de bienes privados al Estado para su explotación a cargo del mismo.

Y en esta misma línea, el Instituto de Derecho Internacional, la definió como una operación de alta política por la cual un Estado, modificando toda o parte de su estructura económica, expropia a personas privadas para reintegrar lo expropiado (su explotación, se entiende) a la nación.

2. Normativa aplicable

La regulación de esta materia debe situarse forzosamente en la esfera del Derecho Internacional.

Importante es también situar los límites a los procesos o derechos nacionalizadores, ya que, si bien en un principio el derecho a desprivatizar goza de reconocimiento en el Derecho Internacional, es igualmente cierto que dicha prerrogativa estatal debe estar limitada. Dice la autora María Luisa Espada que podrían distinguirse tres tipos o niveles de límites: *los límites generales*, que en cuanto a la valoración de los motivos y propósitos que han conducido a esa nacionalización (y en la que en mi opinión deberían operar derechos básicos como el de defensa, el de no discriminación o de compensación y conceptos fundamentales como el orden público o la licitud), *los límites internos* en cuanto a los métodos y procedimientos utilizados en el proceso de nacionalización, y, finalmente, los *límites internacionales*, que vendrían marcados por los tratados de protección de derechos de propiedad y por el respeto a los Tratados y Convenios Internacionales.

Ante la posible vulneración de los límites por el derecho a nacionalizar, internacionalmente reconocido, la mejor solución será acudir a un organismo de arbitraje de ámbito internacional mayoritariamente reconocido por el mayor número posible de Estados que hayan suscrito su adscripción, como puede ser establecido en el sistema CIADI. En este tipo de arbitrajes, una de las partes necesariamente, será un Estado, el denominado Estado «nacionalizador».

Asimismo, la nacionalización de la actividad económica también podríamos definirla como la asunción de la actividad económica ejercida por un Estado (por sí mismo o por un tercero) a través de la cual se entablará la relación, pacífica o no, con un particular o una empresa. Las controversias surgidas en este sentido pueden ser sometidas a los Tribunales del Estado (cláusula Calvo) o a un arbitraje internacional.

Como ya hemos apuntado en el anterior apartado, el organismo de arbitraje internacional instititucionalizado para dirimir este tipo de controversias es el sistema CIADI. Para acceder a los procedimientos ante el CIADI, las partes y la controversia suscitada deberán reunir una serie de requisitos que marcarán su competencia para intervenir, tramitar y resolver. Así, desde su creación y en virtud de la adhesión de los Estados al Convenio de Washington, quienes se consideraban perjudicados por nacionalizaciones disponían de un derecho a recurrir contra el Estado nacionalizador. Tal y como se hace constar en la obra *«Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional»*, por primera vez se implementó un sistema en virtud del cual particulares, personas físicas o jurídicas, podían demandar a un Estado en forma directa, «en el que se restringió en gran medida la inmunidad del Estado, en el que el Derecho Internacional podía aplicarse directamente a la relación entre el inversor y el Estado receptor, (...), y que permitiría la ejecución directa del laudo del tribunal en el territorio de los Estados partes».

(Autora: Gema Mayol. Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Redfern, Alan, Martín Hunter, Nigel Blackaby, and Costantine Partasides. *Law and Practice of International Commercial Arbitration.* Oxford: Oxford University Press, 2009. Espada Ramos. *«Nacionalización y Compensación en los contratos de Estado»*. Madrid: La Ley, 1989. Torralba Mendiola. *«La propiedad privada extranjera»*. En Collantes González, Jorge Luis (Director) y Bárbara de la Vega Justribó (Coordinadora). *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales.* Biblioteca de Arbitraje. Madrid: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2009.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje del Estado. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). CNUDMI/UNCITRAL. Convenio CIADI. Expropiación. Globalización. Inmunidad del Estado. Nacionalidad. Oferta del consentimiento estatal al arbitraje. Principios directivos del Banco Mundial en el tratamiento de inversión extranjera.

Neutralidad del árbitro

El término «neutralidad» se usa en el arbitraje en dos sentidos. En el primero, se refiere a una «neutralidad nacional», es decir, cuando el árbitro es de un país distinto a los de las partes. En el segundo se refiere a un árbitro nombrado por las partes (*party-appointed arbitrator*), que se espera votará por la parte que el árbitro estima que tiene la razón, a pesar de tener simpatía por la parte que le nombró por razón de participar de la misma tradición o cultura de dicha parte.

La idea de neutralidad es utilizada principalmente en este segundo sentido por el Código de Ética de la *American Arbitration Association* (AAA)-American Bar Association (ABA) (Código AAA-ABA), que permite que, en algunos tipos de arbitraje, los árbitros designados por las partes (*party-appointed arbitrators*) no necesiten ser neutrales. Esto no implica que estos árbitros no tengan que ser imparciales, sino que, debido a sus antecedentes jurídicos, sociales y culturales, pueden hallarse favorablemente predispuestos hacia la parte que los designó. Mientras esta proximidad no les permite dictar el resultado del procedimiento, su falta de neutralidad no debe menoscabar la imparcialidad. Sin embargo, el árbitro presidente debe ser siempre neutral.

1. Relación entre la independencia y la imparcialidad

Como hemos visto, existe una diferencia conceptual entre la independencia y la imparcialidad. La independencia hace primordialmente referencia a la relación entre el árbitro y las partes, mientras que la imparcialidad tiene un carácter más amplio y hace a menudo referencia a la relación del árbitro con el asunto arbitrable. Ambos conceptos, como ya he dicho, son interdependientes, pero no son intercambiables. En todo caso, existen grandes zonas de solapamiento entre ambos conceptos.

Algunos dicen que, si bien ambos principios se invocan, con frecuencia, de forma conjunta, se tiende a poner mayor énfasis en la independen-

cia, a expensas de la imparcialidad. Ambos conceptos adoptan como premisa fundamental el principio de independencia judicial. En otras palabras, tienden a considerar la independencia como un fin en sí misma, lo que conduce a que los demás principios, como la imparcialidad y el deber de rendición de cuentas (*accountability*), pasen a un segundo orden. Aunque la importancia de la independencia judicial no se puede negar, hay peligro de tratarla, como un fin en sí misma. Como el principal objetivo a que se aspira es que la decisión sea ética, justa y responsable, la imparcialidad ha de considerarse el fin y la independencia un medio —un medio fundamental— para ello, pero no un fin en sí misma. En mi opinión, la independencia, como cuestión de hecho, viene intelectualmente primero —y debe analizarse en primer lugar —y la imparcialidad, como cuestión psíquica, viene después. Un juez, como un árbitro, puede ser independiente —inexistencia de dependencia física, mental, económica y ausencia de presión— pero puede tener prejuicios o conclusiones preconcebidas sobre la materia en disputa. Por consiguiente, creo que el orden en que se deben considerar dichos principios, tanto intelectualmente como en la prueba práctica, primero la independencia y segundo la imparcialidad.

Bishop y Reed (D. Bishop y L. Reed, «Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration», 14,395 *Arbitration International*, 1998, p. 400) señalan acertadamente que un árbitro que sea imparcial, pero no totalmente independiente está capacitado para ser árbitro, mientras que un árbitro independiente que no sea imparcial no lo está.

Hay que hacer notar que algunas leyes y normas sólo hacen referencia a la imparcialidad y no lo hacen a la independencia. Éste es el caso, por ejemplo, de la Ley de Arbitraje inglesa de 1996, que exige expresamente la imparcialidad, pero no la independencia de los árbitros. El Informe sobre el Proyecto de Ley de Arbitraje n.º 104 (1996) del Department Advisory Committee justificó esta postura afirmando que «debemos insistir en que creemos no perder nada de importancia omitiendo la referencia a

la independencia. La carencia de esta cualidad puede dar lugar a dudas justificadas sobre la imparcialidad, que está contemplada, pero, si no lo hace, creemos no haber omitido nada de importancia por haber omitido usar este término. También la Ley de Arbitraje sueca no utiliza el término «independencia». En cambio, otras leyes y normas se refieren solamente a la independencia, dejando la imparcialidad en un segundo término (por ejemplo, las Reglas de Arbitraje de la CCI, artículo 9). Por su parte, en el Convenio CIADI (artículo 14.1), los principios generales que se aplican a la independencia del árbitro son que el árbitro debe ejercitar «un juicio independiente» y que debe «juzgar justamente entre las partes». Aunque pueda ser discutible, algunos tribunales (*Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA e Interaguas Servicios Integrales del Agua SA vs. La República Argentina*, caso ICSID n.º ARB/03/17 y *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona, SA vs. La República Argentina*, caso ICSID n.º ARB/03/19 de 22 de octubre de 2007) han declarado que la exigencia de dicho Convenio comprende los principios tradicionales de independencia e imparcialidad.

2. Apariencia de parcialidad

> «*Justice should not only be done; but should manifestedly and undoubtedly be seen to be done*»
> *Lord Hewart (*Lord Hewart, R. *vs. Sussex Justices, ex parte McCarthy,* 1924, 1 Kb 256 [1923] All ER 233.

Al igual que ocurre con los jueces, los árbitros deben ser especialmente sensibles a la necesidad, no sólo de ser justos, sino también de parecer justos a todo observador. Por ello, no sólo la existencia de parcialidad sino la mera apariencia de parcialidad es suficiente para producir la descalificación del árbitro, circunstancia que debe ser revelada por el árbitro. Tras la famosa declaración de Lord Hewart: «la justicia no sólo debe ser hecha, sino que, manifiesta e indudablemente, debe parecer que es hecha», los árbitros, como los jueces, no sólo deben ser independientes e imparciales, sino que deben ser percibidos como tales. En esta línea,

la decisión judicial de EE.UU., en el influyente caso *Commonwealth Coatings Corp. vs. Continental Casualty Co.*, declaró que «todo tribunal autorizado por la ley para juzgar casos y controversias, no sólo debe ser imparcial, sino que debe evitar incluso la apariencia de parcialidad».

Aunque es posible que alguien tenga una relación, actual o previa, con una de las partes, puede considerar que se encuentra en una situación de independencia que le permite arbitrar el caso sin parcialidad, pero esta parte, la otra parte, la institución arbitral o el público en general pueden tener dudas sobre la imparcialidad del árbitro, lo que corroboraría en caso de resultar ser la parte perdedora.

Uno de los casos más conocidos de necesidad de proteger la apariencia de imparcialidad lo fue el caso Pinochet en los tribunales ingleses. En el mismo, el juez Hoffman, cuya esposa estaba relacionada con Amnesty International, no declaró esta circunstancia antes de que la Cámara de los Lores conociera el caso, lo que llevó a la anulación de la sentencia, en cuya votación había intervenido Hoffman y a repetir el proceso sin su intervención.

La mayoría de las legislaciones y reglamentos se refieren también a la necesidad de que el árbitro revele, no sólo cualquier interés o relación que puedan afectar a su imparcialidad, sino también cualquier interés o relación que puedan crear una apariencia de tal parcialidad (Canon II Código AAA/ABA).

La apariencia de imparcialidad fue objeto de gran debate, también en los EE.UU., con ocasión de la revisión del Código Modelo de Conducta Judicial de la ABA. Algunos comentaristas han criticado que la revisión podría debilitar la disposición que exige que los jueces no sólo deben evitar la incorrección real, sino también la apariencia de incorrección (Código Modelo de Conducta Judicial de la ABA, C. 2, «A judge shall avoid impropriety and the appearance of impropriety in all the judge's activities»), porque, aunque la nueva versión conserva el criterio

de la apariencia, la diluye al decir qué violaciones «normalmente» no comprometen la disciplina profesional, salvo si hay cargos o violación de otras reglas (*The New York Times,* 22 May 2004, Editorial, p. A24).

(Ramón Mullerat. Ex Presidente del Consejo de Colegios de Abogados de la UE. KPMG Abogados Barcelona).

VOCABLOS CONEXOS: Designación de los árbitros. Independencia. Imparcialidad. Recusación. Tribunal arbitral.

Nombramiento de los árbitros (ver «Designación de los árbitros»)

O

Objeto del procedimiento arbitral (Objeto de la controversia inter partes respecto al cumplimiento del contenido obligacional sometido a convenio arbitral)

1. Concepto e introducción general

El objeto del arbitraje aparece directamente conectado con el contenido del convenio arbitral o pacto de arbitraje firmado por las partes. La controversia respecto a ese conjunto de deberes y derechos (relación jurídica), así como el presunto incumplimiento o vulneración de los mismos, conformará el objeto del arbitraje. Integran el objeto de un proceso (aplicable al proceso arbitral) tres elementos: las pretensiones de las partes, el *petitum* y los sujetos.

Nuestro punto de partida es que el objeto del proceso arbitral lo constituyen esas diferencias surgidas entre las partes respecto al cumplimiento

o incumplimiento del contenido del contrato obligacional y que en su día fueron libre y voluntariamente sometidas a arbitraje; esa controversia, por tanto, es el objeto del procedimiento arbitral, la que se somete, pues, al fallo arbitral. La cláusula arbitral establece los límites del que será el objeto del procedimiento arbitral. En la medida en que la redacción de esa cláusula o convenio sea más o menos generalista, podremos establecer en cada caso la dimensión del objeto del procedimiento y, por tanto, los límites, las cuestiones a dilucidar y, en fin, los extremos sobre los que deberá pronunciarse el laudo.

El contenido y extensión de la controversia (objeto del proceso arbitral) lo establecerán las partes en sus actuaciones (escritos de demanda y contestación, proposición de pruebas y conclusiones) y el árbitro deberá laudar sobre todos los extremos señalados por las partes como controvertidos.

Las controversias que surgen entre las partes y que tradicionalmente se dirimen en sede judicial, se han ido sometiendo progresivamente por voluntad de las partes (salvo casos de expresa exclusión) y en una tendencia que actualmente parece imparable, a sistemas de resolución alternativa de conflictos, en especial al arbitraje, un sistema que además de descongestionar la vía judicial, permite a las partes participar de un procedimiento que les afecta de una forma más flexible y directa.

Como indica el prestigioso jurista Elías Campo en su artículo doctrinal *«El arbitraje en las sociedades mercantiles»,* RJC 1998 (2), con el pacto o convenio arbitral las partes persiguen dos finalidades o efectos: 1) el negativo, excluyendo a los tribunales ordinarios del estudio de esa controversia, y 2) el positivo, fundar la competencia de los árbitros para decidir sobre dicha controversia.

Respecto a la materia o contenido jurídico-obligacional que puede generar controversia o ser susceptible de arbitraje entre las partes y, por tanto, constituirse en objeto de un procedimiento arbitral, nos remitimos a la exposición realizada en el vocablo *disponibilidad del objeto.*

2. Normas aplicables de orden interno y derecho comparado

Respecto a la resolución de la controversia (objeto del procedimiento) las partes también establecerán si debe ser resuelta conforme a derecho o equidad, si bien parece clara la tendencia en todas las normativas vigentes amparadas en la Ley Modelo, de establecer la presunción que en defecto de pacto entre las partes, la preferencia será por el arbitraje en derecho. En España, por ejemplo, el arbitraje de equidad requerirá pacto expreso.

La Asamblea General de la ONU ya establece en numerosas resoluciones que debe reconocerse el valor del arbitraje como método de solucionar controversias (objeto del proceso arbitral) nacidas de las relaciones comerciales internacionales. Y de este reconocimiento, se desprende la recomendación de que la Ley Modelo sirva de referente para regular esta resolución de controversias a los Estados con diferentes sistemas jurídicos, sociales y económicos.

Igualmente, en este sentido se establece la necesidad de uniformar el marco jurídico para resolver las controversias surgidas entre las partes y que constituyen el objeto de los arbitrajes, al amparo de la Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL, la Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

3. Comentarios y conclusiones

Resulta evidente que el objeto de cualquier procedimiento (sea arbitral o judicial), es la controversia surgida entre las partes procesales y que en el caso que nos ocupa, el arbitraje, la resolución de la misma ha sido libre y voluntariamente sometida a arbitraje por el denominado convenio/cláusula arbitral o pacto de arbitraje. Ese sometimiento, pues, es el que legitima la competencia del árbitro/árbitros.

Para definir el concepto de *objeto*, resulta imposible describir un elenco de las mil controversias que pueden surgir inter partes obligadas por un contrato; resulta imposible, pues la casuística sería infinita.

Tres ideas se han pretendido plasmar en la definición de este concepto: 1) *la definición etimológica*, es decir, el objeto es la controversia, la discrepancia surgida entre las partes y sobre la que el árbitro debe laudar, 2) *la tendencia de que la apuesta firme actual* es la de dirimir las controversias mediante sistemas de resolución alternativa de conflictos y entre los cuales ejerce un claro liderazgo el arbitraje, 3) *que para el fortalecimiento del sistema es necesaria la uniformidad jurídica* y que en este sentido la referencia reside en los contenidos de la Ley Modelo y resoluciones de la ONU de referencia.

(Autor: Pedro Yúfera. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley de Arbitraje n.º 60/2003. Ley Orgánica del Poder Judicial Española. Ley de Enjuiciamiento Civil Española. Ley Modelo CNUDMI/UNCITRAL. La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Normativas deontológicas aplicables a nivel autonómico, estatal y europeo. Códigos de Conducta y de Buenas Prácticas de la *International Bar Association*. Tribunal Arbitral de Barcelona, Código Finra y Club Español del Arbitraje.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS*:* Garberí Llobregat (Director). Barcelona: Ed. Bosch «Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje». Merino Merchán y Chillón Medina. «Tratado de Derecho Arbitral». Madrid: Ed. Thomson-Cívitas. González Montes, José F. (Coordinador). «Estudios sobre el Arbitraje, los temas clave». Madrid: Ed. La Ley. Campo Villegas *«El arbitraje en las sociedades mercantiles»,* RJC 1998 (2).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de derecho. Arbitraje de equidad. Buena Fe. Convenio arbitral. Cosa Juzgada. Cosa Juzgada del laudo arbitral. Excepciones preliminares. Ineficacia del convenio arbitral. Orden público.

Oferta del consentimiento estatal al arbitraje

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 inversión. 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 ambas. Precisamente, es en relación con la prestación de este consentimiento por parte del Estado receptor de la inversión y sus especiales modalidades, lo que es objeto de esta específica voz. En efecto, en la actualidad el arbitraje en inversiones extranjeras 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 inversión. Es en dichos acuerdos como, de forma simultánea, las partes otorgan su consentimiento al desarrollo de un arbitraje internacional que resuelva sus diferencias. 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 Internacional sobre Inversiones que vincula a dicho Estado con el Estado del que es nacional el inversor, manifestación de voluntad que es aceptada, posteriormente, por parte del inversor privado.

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 aceptada. Tal «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 mutuo. Sin embargo, a pesar de que tal posibilidad de «oferta» sea práctica habitual, 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 arbitral. Así, es posible diferenciar dos grandes grupos de «ofertas» de consentimiento contempladas en las legislaciones internas de los Estados receptores de las inversiones:

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 controversias, y aquellas otras de las que, aun no existiendo tal claridad en la manifestación de voluntad, puede interpretarse que los términos utilizados constituyen un expreso otorgamiento del consentimiento estatal.

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 extranjero 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 mismo.

De acuerdo con 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 procedi-

miento arbitral. La aceptación del inversor, en principio, no está sometida a 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 aceptación. 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 inversor, tal limitación habrá de cumplirse adecuadamente para que pueda afirmarse la existencia de un consentimiento vinculante para ambas partes.

Tal y como hemos ya señalado, la peculiaridad con que cuenta la iniciación de un arbitraje internacional basado en un Tratado Internacional sobre Inversiones (APPRI) consiste en la manera de otorgar el consentimiento por la parte estatal. Se puede decir que en las cláusulas contenidas en dichos tratados lo que existe es una «oferta» de consentimiento o, dicho en otras palabras, un consentimiento avanzado por parte del Estado receptor de la inversión. Sin embargo, a pesar de esta caracterización general, la tipología existente de dichas ofertas estatales en los tratados 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 controversias. En concreto, se puede hacer una distinción entre cuatro grandes grupos de Tratados:

a) Aquéllos, 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 tratado. 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 aquél, ya sea de forma exclusiva a favor del CIADI o en compañía de otros medios de solución de diferencias. Este grupo de tratados 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 arbitral.

b) En un segundo grupo se encuentran aquellos tratados que contienen cláusulas referidas al procedimiento 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 tratado, Estado del que es nacional el inversor, ya que el Estado receptor estaría incumpliendo sus obligaciones derivadas del tratado, y si aún así siguiese manteniendo tal actitud, podría acudirse a los medios de solución de controversias interestatales previstos en ese texto convencional.

c) En una tercera categoría podemos agrupar todos aquellos tratados 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 mismos. 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 solicitud.

d) Por último, en un cuarto grupo han de englobarse todos aquellos tratados 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.

En consecuencia, únicamente cuando estemos en presencia de una cláusula de un tratado 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 puede constituir el fundamento para la competencia de un tribunal arbitral internacional, sino que es necesario en todo caso, la aceptación por parte del inversor.

(Autor: Enrique Fernández Masiá. Profesor Titular de Derecho Internacional Privado de la U. de Castilla-La Mancha).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Fernández Masía, E. *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. Fernández Masía, E. *Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*. Madrid: Marcial Pons, 2008. Iruretagoiena Agirrezabalaga, I. «Alejamiento del paradigma contractual del arbitraje de inversión». *AEDIPR*, 2008, tomo VIII, pp. 595-614. Schreuer, C. «Consent to Arbitration». *The Oxford Handbook of International Investment Law*. (Ed.) Muchlinski P. y C. Schreuer, Oxford: Oxford University Press, 2008, pp. 830-867. Schreuer, C., L. Malintoppi, A. Reinisch, y Sinclair, A. *The ICSID Convention: a Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 2 Ed.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). Arbitraje de Inversiones. Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Opción irrevocable (ver «Cláusula de opción irrevocable»)

Orden Procesal

Es una decisión de los árbitros que se toma a lo largo del procedimiento. Se distingue de un laudo (parcial o total) tanto en cuanto a sus efectos como en cuanto a su objeto.

En cuanto a los efectos de una orden (o resolución) procesal, ésta no tiene efecto de cosa juzgada y no vincula a los árbitros que la emiten, por lo que puede ser modificada o revocada ulteriormente por los mismos (aunque un tribunal debería procurar modificar una orden procesal solamente cuando surjan nuevas circunstancias que lo justifiquen y luego de haber consultado con las partes). No puede por ello ser el objeto de una acción de anulación ni de reconocimiento y ejecución (reservado a los laudos en virtud de los artículos I(1) y III del Convenio de Nueva York de 1958), aunque puede ser el objeto de crítica en el marco de un recurso contra el laudo, dado que puede tener una influencia determinante sobre el mismo. Por ejemplo, puede que una resolución procesal haya violado el principio de contradicción, de audiencia o de igualdad de partes, todos ellos principios fundamentales del arbitraje.

En cuanto a su objeto, las resoluciones procesales normalmente contienen directrices procesales tales como el establecimiento del calendario de procedimiento, las decisiones sobre las solicitudes de exhibición de documentos, la logística de las audiencias, etc. (los reglamentos de las instituciones arbitrales contienen muy pocas directrices procesales). También pueden contener una decisión del tribunal para tratar las objeciones respecto a su competencia en el laudo final junto con el fondo y no en un laudo preliminar (ver p. ej., el artículo 186.3 de la Ley Federal del Derecho Internacional Privado suiza, o el artículo 21.4 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional —basado principalmente en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI de 1976). En ningún caso tales decisiones pueden ser consideradas como un laudo. En cambio, cuando el tribunal toma una decisión sobre todo o parte del *petitum*, es un laudo, como lo es una decisión que acabe con la instancia arbitral

(p.ej., la declaración de incompetencia del tribunal). En definitiva, un laudo es un escrito emitido por los árbitros que refleja la decisión final del tribunal respecto de todo o parte de la controversia, mientras que la resolución procesal regula el desarrollo del procedimiento y la práctica de la prueba.

Es importante destacar que la calificación por un tribunal arbitral de su decisión de resolución procesal o de laudo no cambia su naturaleza jurídica. Ver en este sentido la sentencia de la Corte de Apelación de París en el caso *Brasoil* (comentada en la sección dedicada al *Laudo*). Ver también la decisión del *Seventh Circuit Federal Court of Appeals* de EE.UU. en su decisión *Publicis Communications and Publicis SA vs. The True North Communications Inc.* ((2000) XXV Yearbook Comm. Arb. 1152), donde una de las partes incluyó en el *petitum* una solicitud de exhibición de determinados documentos fiscales. El tribunal emitió una *order* ordenando a Publicis que exhibiera los documentos fiscales solicitados. Publicis se negó y True North pidió la confirmación del laudo ante los tribunales. Publicis argumentó que la decisión no era un laudo. La *Federal Court* decidió que la decisión era un laudo, puesto que resolvía una de las solicitudes de la demanda.

Desde el punto de vista práctico, las resoluciones procesales pueden constar tanto en un documento con dicho título, como en una simple carta o incluso pueden ser dadas oralmente (siendo esto habitual en el transcurso de las audiencias). La forma no tiene ninguna consecuencia, siendo ésta una cuestión de práctica arbitral del tribunal en cuestión. Una resolución procesal tampoco precisa de motivación, salvo si lo requiere el reglamento de arbitraje (ver el artículo 23.1 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI).

Una vez constituido el tribunal, éste suele pedir a las partes, mediante una serie de preguntas, que especifiquen sus preferencias para organizar el procedimiento hasta la audiencia. Una vez recibidas las respuestas, el tribunal suele confeccionar un borrador de primera resolución procesal

para su posterior envío a las partes, cuyos comentarios permiten al tribunal determinar, entre otras cuestiones procesales, si es necesaria una audiencia preliminar a fin de ultimar el calendario procesal a seguir (ver en este sentido el artículo 18.4 del Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI o el artículo 15.3 del Reglamento Suizo de Arbitraje Internacional).

(Autores: Domitille Baizeau, Socia, LALIVE, Ginebra.
Jaime Gallego, Asociado Senior, LALIVE, Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: BORN, G. *International Commercial Arbitration*. Wolters Kluwers (2009). BLACKABY, N. and C. PARTASIDES with A. REDFERN, and M. HUNTER. *Redfern and Hunter on International Arbitration*, Oxford (2009), Fifth Edition. POUDRET, J.F. y S. BESSON. *Comparative Law of International Arbitration*. Sweet & Maxwell, 2007, Second Edition, LALIVE, P. POUDRET, J.F., C. REYMOND. *Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse*. Lausanne: Payot, 1989.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo. Laudo parcial. Cosa juzgada.

Orden Público

La contravención del orden público es un motivo clásico, establecido en la legislación interna y en los convenios internacionales, que impide el reconocimiento y ejecución en un Estado, de un laudo arbitral dictado en otro Estado (cláusula V.2 del Convenio sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, promulgado en Nueva York el 10 de junio de 1958; cláusula 36 de la Ley Modelo de UNCITRAL sobre arbitraje internacional).

Una primera aproximación al concepto de excepción de orden público consistiría en la facultad de los Estados de controlar aquellos aspectos de los laudos extranjeros sometidos a su reconocimiento y ejecución, que contravienen principios esenciales del ordenamiento jurídico del mismo.

Hay que partir de la base de que la divergencia de criterios entre el tribunal arbitral emisor del laudo y el tribunal competente para el reconocimiento y ejecución no opera como motivo de rechazo del reconocimiento en base al orden público. Habida cuenta, la existencia de comunidades jurídicas diferentes, con derechos materiales y procesales discordantes, y teniendo los árbitros con frecuencia culturas jurídicas distintas, es probable que un tribunal arbitral formado en el extranjero alcance una solución jurídica en su laudo distinta a la que probablemente alcanzaría el tribunal encargado de reconocer y ejecutar el mismo. Precisamente, la prohibición de revisión del fondo del laudo extranjero tiene por finalidad evitar que en aplicación del orden público se deniegue el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros por estas razones.

No obstante, el Estado requerido no puede homologar, como si de una resolución interna se tratara, cualquier laudo, sino sólo aquellos compatibles con su sistema básico de valores. El orden público es el instrumento que recoge los valores esenciales del ordenamiento que debe ser protegido frente a laudos extranjeros, mediante el rechazo a su reconocimiento y ejecución. Aunque el pilar del arbitraje se encuentra en la autonomía de la voluntad, siendo las partes libres para determinar la ley aplicable y el procedimiento, la decisión de excluir a los tribunales de la decisión sobre el fondo del asunto no impide a los Estados establecer un sistema de control de los laudos dictados en el extranjero que se desean reconocer y ejecutar en él.

Pese a la relevancia de dicho concepto, el Derecho Internacional Privado no ha determinado la extensión y límites de dicho concepto. El orden público es un concepto jurídico indeterminado, sin presupuesto de hecho predeterminado y, como tal, desdotado de contenido propio.

El orden público de un Estado toma su contenido de otros sectores del ordenamiento jurídico y recoge aquellos principios concebidos como fundamentales, que operan como límites al reconocimiento y ejecución

de laudos. Téngase en cuenta que el sistema de cooperación internacional, reflejado en un sistema eficiente de reconocimiento y ejecución de laudos internacionalmente, es también un bien público que el Estado debe proteger y fomentar, de modo que el tribunal encargado del reconocimiento y ejecución debe ponderar los principios esenciales del Estado requerido y el principio de procurar la cooperación internacional, a la hora de pronunciarse acerca del reconocimiento y ejecución de un laudo.

La excepción de orden público debe ser de aplicación excepcional, dado que comporta la no virtualidad de la cooperación internacional y priva de satisfacción a la parte que ha obtenido un laudo favorable. Como se ha indicado, no es suficiente con que las reglas aplicables entre el Estado de origen y el Estado de destino sean distintas, ni siquiera que se apliquen instituciones jurídicas desconocidas. Para apreciarlo se requiere que el reconocimiento menoscabe un principio fundamental.

El orden público está conformado por normas y principios que afectan a los principios fundamentales del ordenamiento jurídico. Desde una perspectiva de derecho comparado, la función de defensa del orden público se concentra en tres núcleos principales: (i) principios considerados en el foro como valores universales (Derechos Humanos) o que, sin pretender universalidad, constituyen principios fundamentales de su orden jurídico, como los constitucionalmente protegidos (ii) políticas legislativas de intervención del foro (normas sobre mercado de capitales, competencia, etc.); (iii) valores morales e idiosincrásicos esenciales.

El contenido del orden público suele conceptualizarse a su vez como de carácter procesal o material. En cuanto a la vertiente *procesal*, se trata del conjunto de formalidades y principios necesarios del ordenamiento jurídico procedimental, las garantías que conforman el derecho a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión: garantías de imparcialidad, no arbitrariedad, respeto a los derechos de defensa, etc. En cuanto a la vertiente *material*, comprende el conjunto de principios jurídicos públicos,

privados, políticos, morales y económicos, necesarios para la conservación de la sociedad en un momento determinado. No se trata de cotejar la compatibilidad del principio o norma aplicada por el tribunal arbitral con el propio derecho, sino de averiguar si el reconocimiento, abstractamente considerado, comportaría resultados contrarios al orden público del Estado de destino. El control tiene en consideración el resultado y, en general, en caso de que en un supuesto concreto se hubiera podido alcanzar el mismo resultado conforme al Derecho del Estado requerido, aunque mediando la aplicación de otras normas, la contravención del orden público debe excluirse.

Por otra parte, la contradicción de un laudo con el orden público puede derivar del fallo (por ejemplo, laudo que condena a cumplir una obligación ilícita en el Estado requerido), de la motivación del mismo (en una declaración de condena, los motivos que conducen al mismo atentan contra el orden público) o de la forma en que se alcanzó el fallo (infracción de los principios de defensa).

La comunidad arbitral internacional ha sugerido ciertos criterios uniformes para definir el contenido de dicha cláusula de orden público, que se recogen en un informe del Comité de Arbitraje Comercial Internacional de la Asociación de Derecho Internacional de 2003. Las recomendaciones en él contenido indican cuál es el entendimiento común de lo que venía siendo el concepto de orden público. Resumimos sucintamente el contenido del mismo:

- Excepcionalidad.

- El orden público internacional resulta del balance de dos bienes contrapuestos, por un lado, el interés del Estado de disponer de un sistema de cooperación internacional eficaz y, por otro, salvaguardar principios esenciales del mismo. El resultado de la ponderación es el denominado orden público internacional.

- El orden público internacional se define como el conjunto de principios y reglas reconocidos por un Estado que, por su particular naturaleza, pueden impedir el reconocimiento o ejecución de un laudo dictado en un arbitraje internacional, cuando el reconocimiento o ejecución pueden implicar la violación de esos principios o reglas, bien a resultas del procedimiento seguido en el arbitraje en el que se ha expedido el laudo (orden público internacional procesal), bien como consecuencia del contenido del propio laudo (orden público internacional sustantivo).

- Se recomienda otorgar el reconocimiento parcial cuando sólo una parte del laudo sea contraria al orden público internacional.

(Autor: Víctor Manuel Sánchez Álvarez. Abogado en Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Redfern, A., M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides. *Teoría y Práctica del Arbitraje Comercial Internacional*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006; Tawil, G. y E. Zuleta. *El Arbitraje Comercial Internacional. Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50º aniversario*». Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2008; Virgós, M. y F. Garcimartín. *Derecho Procesal Civil Internacional Litigación Internacional*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2007; Merino J. y J. Chillón. *Tratado de derecho Arbitral*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2006.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio de Nueva York. Convenio de Ginebra. *Exequatur*. Ejecución de laudos. Leyes de Policía. Derecho aplicable al fondo del asunto en el arbitraje comercial internacional.

Órdenes preliminares

Si bien la institución de la medida cautelar es bien conocida en el mundo arbitral y procesal nacional, la figura de la *orden preliminar* resulta novedosa y, por ello, desconocida, y probablemente lo sea también en el lenguaje jurídico: una denominación nueva para una nueva figura jurídica, aunque una cierta semejanza, no obstante, puede encontrar-

se en la práctica arbitral en las llamadas *stop orders*. La recién creada institución responde al compromiso al que se tuvo que llegar dentro del Grupo de Trabajo II sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), a la hora de convenir el régimen de las medidas cautelares, como forma de reconciliar dos posiciones antagónicas: la de aquéllos que deseaban otorgar al tribunal arbitral la facultad de conceder medidas cautelares *inaudita altera parte* o, como las denominan los anglosajones, medidas cautelares *ex parte*, frente a la posición de aquéllos que estimaban que no debía concederse dicho poder a los árbitros. Estos últimos basaban, sobre todo, sus argumentos en la vulneración del principio de igualdad (artículo18 Ley Modelo de Arbitraje de 1985 de la CNUDMI (LMA), del principio de audiencia, y del principio de consensualidad en el arbitraje, cuya quiebra llevaría a la pérdida de la confianza y descrédito del arbitraje, la Ley Modelo y la labor de la CNUDMI.

Se trata, sin lugar a dudas, del compromiso más arduo, difícil y complejo del grupo de trabajo; compromiso que se evidencia no sólo en la creación de la orden preliminar, diferente en su ámbito objetivo de aplicación de la propia medida cautelar, y su estricto régimen jurídico, sino, sobre todo, en el «alto peaje» a pagar por una ya de por sí «descafeinada» medida cautelar *inaudita altera parte* «travestida» en orden preliminar: la imposibilidad de su ejecución. Tan es así que expresamente se establece que la orden no será objeto de ejecución por los tribunales judiciales, reforzándose el compromiso con la imposibilidad de que la orden preliminar adopte la forma de un laudo (artículo 17 E.5).

La oposición a la medida cautelar *inaudita altera parte* se produjo desde el primer momento en que se iniciaron los trabajos de la UNCITRAL por parte de un grupo nutrido de delegaciones y observadores, destacando, entre las primeras, Francia, Italia y el Reino Unido, y entre las segundas, la Cámara de Comercio Internacional. Igualmente, nutrido

era el grupo de delegaciones y observadores favorables a la medida cautelar *inaudita altera parte*, destacando las delegaciones de Alemania, los Estados Unidos de América, España, México y Suiza, así como los observadores de la Asociación Suiza del Arbitraje.

El compromiso consistió en idear una vía distinta de la medida cautelar, creando la orden preliminar, que no puede considerarse como un subtipo de aquélla. Los juristas deberán ahora establecer conceptualmente las diferencias entre una y otra. La diferencia es, sobre todo, en nuestra opinión, funcional: la medida cautelar tiende a evitar que se frustre la efectividad del laudo final, mientras que la orden preliminar tiende a evitar que se frustre la efectividad de la medida cautelar, por lo que es una medida de marcado carácter restrictivo y excepcional, en comparación con la medida cautelar.

Al igual que hemos visto en relación con las medidas cautelares, la orden preliminar se concederá por el tribunal arbitral previa petición de una de las partes. Asimismo, esta facultad del tribunal arbitral cede ante el acuerdo en contrario de las partes (artículo 17 B.1).

La orden preliminar tiene un objetivo muy específico: posibilitar la solicitud de una medida cautelar *inaudita altera parte* (*ex parte*), con el fin de evitar la frustración de la medida solicitada. Por ello, la orden preliminar es accesoria a la medida, en tanto y en cuanto sólo se comprende en función de ella. La notificación de la medida cautelar a la otra parte del litigio puede entrañar el riesgo de que se frustre la medida solicitada. Se observará que la medida cautelar se solicita *inaudita altera parte*, pero no su emisión. En cambio, la orden preliminar se pide y emite sin previa audiencia de parte, si bien inmediatamente después de que el tribunal arbitral se ha pronunciado sobre la procedencia de la orden, el tribunal ha de notificar a las partes todas aquellas comunicaciones habidas en relación con la medida cautelar y la orden preliminar, al tiempo que dará la oportunidad a la parte contra la que vaya dirigida la orden preliminar, de hacer valer sus derechos a la mayor brevedad posible

(artículo 17 C.2), debiendo pronunciarse el tribunal sin tardanza sobre toda objeción que se presente contra la orden preliminar (artículo 17 C.3).

El régimen así descrito intenta conjugar los derechos (económicos o procesales), de la parte que solicita la medida, con los derechos (procesales) de la parte afectada por la orden emitida sin previa audiencia de parte. Se construye así un régimen jurídico para la orden preliminar en el que la celeridad de las actuaciones y la temporalidad de las órdenes constituyen las notas más características, junto a los fuertes límites impuestos que buscan proteger a la parte aquejada por la orden preliminar. Este nuevo régimen, en nuestra opinión, resulta beneficioso para el arbitraje, al lograr el equilibrio entre los dos intereses descritos, facilitando el desarrollo de la función arbitral. No creemos, pues, que el nuevo régimen así creado resulte perjudicial para la imagen del arbitraje en el mundo, ni mucho menos que se rompa con el principio de igualdad, establecido en el artículo 18 LMA, o el derecho de las partes a un proceso debido. Éstos son igualmente principios consagrados y defendidos en los ordenamientos nacionales, así como en los principios procesales internacionales, sin que se haya impedido que se permita la adopción de las medidas *inaudita altera parte*. Así, *ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure* (2004), Principios 5.8 y 8, estimando para las órdenes *inaudita altera parte* similares cautelas a las establecidas en la nueva regulación de la LMA. En este sentido, nuestra LEC permite adoptar medidas *inaudita altera parte* por los tribunales, estableciendo un régimen protector de la parte demandada consistente en otorgarle el derecho a ser oída, una vez que se le notifica el auto por el que se acuerda la medida cautelar (artículo 739 LEC), así como la obligación del juez de decidir acerca de la oposición que se presente por el demandado a la medida cautelar (artículo 741 LEC).

De lo anterior resulta meridianamente claro que el régimen protector establecido para la orden preliminar en la LMA resulta conforme con el ordenamiento procesal español y, en consecuencia, no puede decirse

que las nuevas disposiciones modelo contraríen el orden público procesal español.

Antes al contrario, la concesión expresa de dicho poder implicará dar fin a la situación actual de inseguridad jurídica que se genera tanto para el árbitro —temor a exceder su competencia— como para las partes —denegación del *exequatur* por falta de competencia de los árbitros—, quienes lógicamente prefieren acudir al juez estatal solicitando la medida, antes que al tribunal arbitral que está conociendo del fondo del asunto; solución esta última que a todas luces es la preferible, particularmente porque se cumpliría más adecuadamente la voluntad de las partes de someter su litigio —y las decisiones conexas— a los árbitros y no a la jurisdicción estatal.

Por otra parte, en el Derecho Procesal español las medidas cautelares se adoptan, por regla general, por el mismo tribunal encargado de juzgar la demanda principal (artículo 723.1 LEC), por lo que no puede darse crédito a los oponentes de las medidas cautelares *inaudita altera parte*, que las critican por entender que la opinión del árbitro sobre el fondo del asunto queda prejuzgada, al adoptar la medida cautelar. Para ello ya se cuida tanto la Ley Procesal española, como las nuevas disposiciones modelo, de señalar, en general, respecto de la medida cautelar, que toda determinación a que se llegue respecto de la medida no prejuzgará el fondo del asunto.

En relación a la vigencia o temporalidad, la orden preliminar tiene un horizonte temporal limitado: el necesario para que no se frustre la medida cautelar mientras el tribunal arbitral toma una decisión en torno al otorgamiento o no de la misma y, en todo caso, la orden expirará a partir de los 20 días, contados a partir de la fecha de su emisión (artículo 17 C.4).

La expiración de la orden implica su caducidad, no existiendo, por lo tanto, la posibilidad de prorrogar la misma. Se establece, no obstante,

que el tribunal arbitral pueda otorgar una medida cautelar por la que ratifique o modifique la orden preliminar. Pero ésta es una medida cautelar ordinaria, en tanto que se le aplica el régimen general de las medidas cautelares, muy singularmente la previa audiencia de parte (artículo 17 C.4).

En cuanto a la forma, debe resaltarse que la orden preliminar no puede adoptar la forma de laudo, a diferencia, como hemos visto, de la medida cautelar, que sí podrá adoptar dicha forma, aunque, por supuesto, es vinculante para las partes (artículo 17 C.5).

El artículo 17 A.1 establece las condiciones para el otorgamiento de la órden:

- El *fumus boni iuris* o la apariencia de buen derecho, esto es, la existencia de un principio de prueba de su derecho, confirmando, además, el artículo 17 A.1 b) que la determinación a que llegue *prima facie* el tribunal arbitral no prejuzgará toda determinación subsiguiente.

- La existencia del *periculum in mora*, esto es, el peligro por la mora procesal: necesidad de evitar un peligro notable o el agravamiento del litigio.

Junto a ello, el precepto se refiere al estándar o nivel de demostración que el peticionario de la orden deberá emplear frente al tribunal arbitral. El peticionario no ha de probar dichas condiciones, sino que le basta con desplegar la actividad necesaria para *convencer* (*shall satisfy*) al tribunal de que ambos concurren en el caso en cuestión.

Se prevé que el tribunal arbitral pueda modificar, suspender o revocar toda orden preliminar. Dicho poder actúa, ya sea a instancia de parte o de oficio, aunque en este último caso su actuación queda supeditada a que concurran circunstancias excepcionales y a la previa notificación a las partes.

El tribunal arbitral ha de exigir obligatoriamente (salvo que el tribunal lo considere inapropiado o innecesario) al peticionario que preste una garantía adecuada respecto de la orden.

La solicitud de la caución, aun siendo obligatoria, no se estipula con carácter condicional, de modo que el tribunal arbitral puede exigir la caución en cualquier momento del procedimiento. No obstante lo anterior, no ha de descartarse que el tribunal arbitral pueda condicionar, si lo estima oportuno, la caución al otorgamiento de la orden.

Este precepto se destina a establecer los deberes de información que se han de cumplir en relación con las órdenes preliminares. El régimen que se establece tiene su causa en la situación en que se encuentra la parte contra la que se dirige la orden preliminar, mientras no haya tenido la oportunidad de hacer valer sus derechos. Así, durante todo ese período de tiempo, se establece para la parte peticionaria de una orden preliminar un deber de revelación de toda circunstancia que pueda ser relevante para la decisión que el tribunal arbitral vaya a adoptar sobre si debe otorgar o mantener la orden (artículo 17 F.2), lo que incluye tanto la información favorable como la adversa. Pasado ese período, es el tribunal arbitral el que puede exigir a cualquiera de las partes que dé a conocer sin tardanza todo cambio importante que se produzca en las circunstancias que motivaron que la orden se solicitara u otorgara (artículo 17 F.1).

La norma en relación con la medida cautelar *inaudita altera parte* debe ser vista como una excepción en relación con la LMA, donde los documentos y pruebas presentados por las partes son aquéllos que resultan necesarios y pertinentes para apoyar los hechos en litigio; excepción que resulta necesaria por la especial situación que afecta a las medidas *inaudita altera parte*, y que, en nuestra opinión, no sólo resulta acorde con las excepciones a la regla general enunciada en la LMA en materia de prueba y que se han desarrollado internacionalmente, sino que además resulta conforme con el Principio 8.2 *ALI/UNIDROIT Principles*

of Transnational Civil Procedure (2004), aplicable a la medida cautelar *inaudita altera parte* en litigios judiciales: *«The applicant must fully disclose facts and legal issues of which the Court properly should be aware».*

Si el tribunal llega al convencimiento de que no debería haber otorgado la orden, condenará al peticionario de la orden al pago de las costas y de los daños y perjuicios ocasionados. La disposición impone una regla de distribución de las costas y de los daños y perjuicios, que prevalece sobre las reglas generales que puedan existir, en su caso, en las reglas de arbitraje.

Una de las mayores debilidades de la institución es la inaplicación del régimen de ejecución que sí se ha previsto para la medida cautelar, puesto que sin la posibilidad del *exequatur* la eficacia de la orden queda francamente disminuida. Sin embargo, la orden preliminar es vinculante para las partes (artículo 17 C.5), por lo que la falta de cumplimiento de la misma implicará que el tribunal arbitral podrá derivar las consecuencias negativas que estime oportunas respecto de la parte incumplidora de la orden. La falta de ejecución judicial fue, como se comentó anteriormente, el precio a pagar por los partidarios de las órdenes preliminares *inaudita altera parte*, y corolario de ello es el que se impida que adopte la forma de laudo.

(Autora: Pilar Perales Viscasillas. Catedrática de Derecho Mercantil/ Universidad Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Baykitch/Truong. *Innovations in International Commercial Arbitration-Interim Measures a way Forward or Back to the Future. The Arbitrator and Mediator,* December 2005*,* vol. 24, n.º 2*,* pp. 95-103. Bismut, R. *Anatomy of the law and practice of interim protective measures in international investment arbitration. Journal of international arbitration (Alphen aan den Rijn, The Netherlands)* 26:6:773-821, 2009. Castello, J. *Ex parte measures-a view in favour. LCIA News,* September 2003, vol. 8, issue 2*,* pp. 16-19*; id. Arbitral ex parte interim relief. Dispute Resolution Journal,* Aug-Oct, 2003, vol. 58, n.º 3, p. 60; Derains, Y. *The view against arbitral ex parte interim relief. Dispute Resolution Journal,* Aug-Oct, 2003, vol. 58, n.º 3, pp. 61-62. Donovan, D.F. *The Scope and Enforceability of Pro-*

visional Measures in International Commercial Arbitration: a Survey of Jurisdictions, the Work of UNCITRAL and Proposals for Moving Forward. In International Commercial Arbitration: Important Contemporary Questions. ICCA International Arbitration Congress series, n.º 11. *General Editor Albert Jan van den Berg with the assistance of the Permanent Court of Arbitration.* Kluwer Law International, 2003, p. 129. Van Houtte, H. *Ten Reasons Against a Proposal for Ex Parte Interim Measures of Protection in Arbitration. LCIA,* 2004, vol. 20, n.º 1, pp. 85 y ss. Hongsong, Wang. *The Interim Measures of Protection in China and The Proposal of Amendment to Article 17 of the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration, en Celebrating Success: 20 Years UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.* Singapore: *SIAC,* 2006, pp. 123-124. Lorca Navarrete, A.M. *Problemas prácticos y teóricos que plantea la adopción de medidas cautelares en el modelo de arbitraje UNCITRAL/CNUDMI. La Ley,* 22 enero 2007, n.º 6634, p. 4. López de Argumedo Piñeiro, A. *Medidas cautelares en arbitraje internacional y nacional. LL,* 4 mayo 2000, n.º 5046, pp. 3-4.

VOCABLOS CONEXOS: Antisuit injunction. CNUDMI *Exequatur*. Laudo. Medidas cautelares/preliminares.

Organización Mundial de Comercio (Arbitraje en la)

1. Introducción

El sistema de solución de controversias de la Organización Mundial del Comercio (en adelante, OMC) es reconocido unánimemente como un instrumento fundamental para el funcionamiento de esta organización internacional. Su proceso resolutorio preceptivo y vinculante constituye un modelo único especialmente efectivo en el marco de las relaciones interestatales. La página web de la OMC (http://www.wto.org) contiene la información relevante sobre el sistema de solución de diferencias, su evolución histórica y las prácticas que se han ido derivando de su aplicación desde que entró en vigor, el 1 de enero de 1995.

Es preciso partir de la idea de que la institución del arbitraje internacional en la OMC comparte las características singulares del sistema de solución de controversias del que forma parte. Con el fin de

garantizar el cumplimiento de las normas de la OMC, se impide el recurso a cualquier otra jurisdicción internacional que resuelva diferencias entre Estados. Asimismo, el objetivo fundamental del sistema es el cumplimiento de las normas de la OMC. Éste se impulsa a través de un régimen sancionador en el caso de que los Estados declarados infractores no acomoden su comportamiento a las normas en un plazo razonable. Ejemplo de ello es la suspensión temporal de determinadas ventajas derivadas de la pertenencia a la OMC, que se traduce en la autorización multilateral de medidas de retorsión, por las que se compensa al Estado que presentó la reclamación, o éste suspende temporalmente frente al infractor la aplicación de alguna norma de los Acuerdos de la OMC.

Desde 1948, el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT–47) contó con disposiciones especiales para resolver los enfrentamientos a los que diera lugar su aplicación entre las Partes Contratantes (artículos XXII y XXIII), cuyo desarrollo en la práctica fue ulteriormente codificado en la ronda de negociaciones comerciales multilaterales de Tokio en 1979. Con idéntica terminología y elementos esenciales, pero con modificaciones sustanciales, se transformó en el Entendimiento sobre Solución de Diferencias (en adelante, ESD), que en la actualidad está en fase de revisión. La modificación sustancial más notable es la de pasar a un «consenso negativo» o «en contrario»: la parte contra la que se falla no puede bloquear la decisión. El ESD se presenta como el segundo Anexo al Acuerdo de Marrakech de 15 de abril de 1994, que estableció la OMC. Los Acuerdos gestionados por la OMC se remiten a este texto para la resolución de los conflictos surgidos en su aplicación. En fin, el hecho de que los Miembros de la OMC establecieran el actual sistema de solución de diferencias durante la Ronda Uruguay de Negociaciones Comerciales Multilaterales subraya la considerable importancia que atribuyen al cumplimiento de las obligaciones que les incumben en virtud del Acuerdo sobre la OMC. Es importante que las diferencias se resuelvan a tiempo y de un modo estructurado.

2. Características

El sistema de solución de controversias regulado por el ESD tiene carácter exclusivo y obligatorio para todos sus miembros. Por una parte, se ofrece a dichos países el recurso a los buenos oficios, la mediación y la conciliación, así como el arbitraje, todos ellos mecanismos clásicos para la resolución de conflictos internacionales y, por otra, un procedimiento específico, e incluso ordinario, si se atiende a lo generalizado de su uso. Todo ello siempre con carácter subsidiario a la búsqueda negociada de soluciones que puede plantearse en cualquier momento. Como característica, hay que destacar que el equilibrio entre la actuación diplomática y la propiamente arbitral se consigue gracias al impulso de la negociación y, en consecuencia, de las soluciones consensuadas.

El Estado declarado infractor de un Acuerdo de la OMC deberá adecuar su comportamiento a las normas de éste en «un plazo razonable» y, de no hacerlo, podrán aplicarse, a solicitud del miembro reclamante, bien la compensación voluntariamente aceptada por el infractor o, en su defecto, la adopción de contramedidas.

3. Órganos

El Órgano de Solución de Controversias (OSD), integrado por representantes de todos los Estados miembros, es la institución central del sistema y cuenta con su propio presidente y procedimiento interno. Su intervención está prevista, en mayor o menor grado, con independencia del procedimiento utilizado. En el caso de los procedimientos clásicos de resolución internacional de conflictos entre Estados, el OSD centraliza la información esencial, mientras que en el procedimiento específico interviene en la organización, al tiempo que participa en la adopción de los informes relativos a la solución de las diferencias conforme a la regla del consenso negativo. Con independencia de cuál sea el procedimiento utilizado, el OSD es competente para autorizar las eventuales contramedidas y vigilar el cumplimiento de las decisiones adoptadas.

4. Clases de arbitraje en el marco de la OMC

Las características peculiares señaladas se presentan en las dos clases de arbitraje internacional para la solución de diferencias surgidas entre Estados, con motivo de la aplicación de los distintos Acuerdos gestionados por la OMC: el procedimiento clásico y el procedimiento específico. Esta dualidad ha llevado a la doctrina a distinguir las dos funciones que cumple el arbitraje de la OMC, de un lado como mecanismo alternativo de solución de diferencias y, de otro, como instrumento específico para aplicar decisiones y recomendaciones.

4.1. Procedimiento clásico de arbitraje internacional en la OMC

Es el previsto en el artículo 25 del ESD. Este procedimiento tiene un carácter alternativo frente al sistema específico de la OMC para la resolución de conflictos, y sólo cabe recurrir a él por mutuo acuerdo de las partes y toda vez que éstas hayan definido su objeto, dependiendo de la voluntad del Estado reclamante de desistir del arbitraje del procedimiento específico.

Las normas requieren que se trate de un arbitraje rápido *ad-hoc,* y establecen dos obligaciones a los Estados que recurren a él: en primer lugar, deberán notificar al resto de los Estados miembros con suficiente antelación el inicio del proceso arbitral, para facilitar que se incorporen como partes al procedimiento, siempre previo acuerdo de todos los implicados; en segundo lugar, tendrán que notificar el laudo al OSD y al Consejo o Comité que administre los Acuerdos afectados. Como consecuencia, cualquier Estado miembro podrá plantear cualquier cuestión en el marco de los correspondientes Consejos o Comités. Los laudos —que no son apelables— estarán sometidos al régimen de vigilancia para la aplicación de las decisiones adoptadas en el procedimiento específico.

El órgano arbitral debe resolver conforme a las normas de los Acuerdos de la OMC, sin perjuicio de la posible aplicación o consideración de

otras normas o principios internacionales, así como de las reglas previstas para cuestiones particulares en el sistema específico.

En principio, este arbitraje clásico se orientaría al establecimiento de las infracciones de los Acuerdos, pero no a la resolución de diferencias sobre las compensaciones o medidas de retorsión. Sin embargo, la práctica demuestra que no se recurre a este sistema. Existe una sola instancia en la que se haya usado esta modalidad en una diferencia entre los Estados Unidos de América y las Comunidades Europeas en un asunto relativo a derechos de autor (Laudo arbitral WT/DS160/ARB25/1; Estados Unidos de América, artículo 110 (5) de la Ley de Derechos de Autor de los Estados Unidos de América).

4.2. Procedimiento específico de arbitraje internacional en la OMC

El arbitraje, como parte integrante del procedimiento específico de resolución de controversias de la OMC, presenta pocas similitudes con el arbitraje internacional, y resuelve la mayoría de las diferencias surgidas entre Estados sobre la base de cualquiera de los Acuerdos gestionados por la OMC.

Los informes sobre la existencia de una infracción se elaboran por los denominados grupos especiales, integrados por tres o cinco especialistas independientes que actúan a título personal. Los grupos se crean para una diferencia concreta, pudiendo intervenir en su designación el OSD y el Director General de la OMC en el caso de que las partes no lleguen a un acuerdo sobre la composición, al modo del arbitraje institucional. Los grupos deben formular conclusiones, si bien suelen incluir recomendaciones con el fin de que la conducta de los miembros sea conforme a las normas de los Acuerdos de la OMC, y siempre sin perjuicio del recurso a otras normas internacionales.

La detallada regulación del procedimiento y sus plazos, incluido el recurso del informe ante el Órgano de Apelación, ha merecido la calificación de jurisprudencial por parte de la doctrina.

En el procedimiento específico, el arbitraje resulta obligatorio e inapelable, constituyendo el medio para solucionar dos tipos de incidentes que pueden suscitarse: primero, la determinación del concepto de plazo razonable para dar cumplimiento a las recomendaciones del informe del grupo especial adoptado por el OSD (artículo 21 del ESD); y segundo, la solución de las diferencias derivadas en la concreción del alcance de las medidas de retorsión que aplicará un Estado parte frente a otro que hubiera sido declarado infractor de las normas de la OMC, y que no hubiera adecuado su comportamiento a las citadas recomendaciones de forma inmediata, o dentro del período razonable fijado a tal fin (artículo 22.6 del ESD).

Finalmente, dos acuerdos de la OMC prevén el recurso a arbitrajes especiales: el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas compensatorias (artículo 4.1), así como el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (artículo 7).

(Autoras: D.ª Arancha González Laya,
Jefe de Gabinete de la Organización Mundial del Comercio
Dra. Bárbara de la Vega Justribó,
Profª. de Derecho Mercantil de la U. Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Fernández Rozas, J.C. *Sistema de Derecho Económico Internacional*. Madrid: Thomson-Cívitas, 2010. Fernández Pons, X. *La OMC y el Derecho Internacional. Un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del Derecho internacional general.* Madrid: Marcial Pons, 2006. Steger, D. «The WTO dispute settlement system: jurisdiction, interpretation and remedies». En *Agreeing and Implementing the Doha Round of the WTO*. Hohmann, H. (Ed.), Cambridge: Cambridge University Press, 2008.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Arbitraje internacional. Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de).

P

Pacta sunt servanda (principio de)

Aforismo latino que consagra el principio de la fuerza vinculante del contrato entre las partes (el contrato es ley para las partes).

Son diversas las teorías que se han desarrollado para estudiar las implicancias del *pacta sunt servanda*. Así, destacan básicamente dos teorías, a saber: la teoría del voluntarismo jurídico y la teoría normativista.

(i) Según la primera teoría, la creación de una obligación constituye una voluntaria enajenación de la propia libertad; es decir, significa un autoobligarse, toda vez que el compromiso de obligarse nace de la voluntad del propio sujeto.

La referida tesis se basa en una concepción individualista del mundo, a través de la cual se explica que los hombres, por naturaleza, son libres e iguales. De ahí que la creación de sus obligaciones sólo pueda proceder de un acto soberano de su voluntad. Del mismo modo como los hombres sólo pueden quedar sometidos a un poder político por un *consensus* —contrato social—, la única manera de que queden obligados unos respecto de otros radica en que voluntariamente asuman dicha obligación. Bajo esta perspectiva, el contrato se convierte en el fundamento de todo el Derecho y de todas las obligaciones jurídicas.

(ii) Por otro lado, la segunda teoría señala que nada justifica que la voluntad humana pueda producir por sí misma una obligación. Entonces, es necesario que exista un principio superior a la voluntad, que otorgue a la relación contractual un carácter obligatorio, y que esté constituido por el ordenamiento jurídico.

Uno de los representantes más destacados de esta corriente de pensamiento es Kelsen, quien al examinar el problema de la obligatoriedad del contrato, sostuvo que el fundamento de ésta radica en el hecho de que una norma de grado superior —la ley o una norma consuetudinaria— considera al contrato como una situación de hecho creadora de derecho. El fundamento de la obligatoriedad del contrato queda reducido, así, al de la ley o norma que lo admite.

Kelsen señala, además, que para comprender las razones por las cuales el legislador ha instituido el contrato como una situación de hecho creadora del derecho, hay que partir de entender que aquello responde a una cuestión de política legislativa. El legislador instituye el contrato por considerar que es provechoso y deseable dejar a los sujetos de derecho el cuidado de reglamentar —ellos mismos— sus intereses económicos o de otra índole. Así, el legislador parte de la premisa de que la reglamentación independiente y autónoma de esos intereses representa la solución más justa y conveniente.

En algunas legislaciones se opta por la teoría normativista, estableciendo la obligatoriedad de los contratos y destacando que dicha obligatoriedad no emana de la voluntad de las partes, sino de la fuerza de la ley.

Las partes contratan libremente, pero luego de haber contratado, ya no se encuentra presente en ellas dicha libertad, sino la obligación de cumplir lo pactado. Así, la relación jurídica patrimonial creada por el contrato debe ser cumplida conforme al tenor de la declaración contractual. Y ningún juez está facultado para debilitar la obligatoriedad del contrato, invocando nuevas situaciones no contempladas legislativamente.

Por lo tanto, se puede decir que la relación jurídica creada por el contrato es intangible e irrevocable, y que el lazo contractual actúa con una fuerza que guarda semejanza con la de la ley.

De esta manera, si el contrato no tiene ningún vicio, ni concomitante, ni sobreviniente, no cabe que uno de los contratantes —sin asentimiento del otro— pueda modificar la relación jurídica, ni las partes lo podrán hacer si perjudica el derecho de tercero.

Cabe resaltar que aun cuando existe la fuerza vinculante del contrato, ello no impide que alguno de los contratantes —luego de realizar un análisis— resuelva que más le conviene no cumplir con las prestaciones a las que se obligó al celebrar el contrato. Ello no significa que dicho incumplimiento carezca de consecuencias jurídicas, las mismas que se derivan de la propia obligatoriedad misma del vínculo contractual.

Teniendo clara la definición y el sustento del antiguo aforismo latino *pacta sunt servanda*, debemos señalar que el mismo se encuentra presente también en el arbitraje.

En efecto, dejando de lado el debate relativo a las teorías que explican la naturaleza del arbitraje —sea la teoría contractualista o jurisdiccional—, es imposible negar que el nacimiento del arbitraje sólo tiene lugar en la medida en que los particulares, en virtud de un acto voluntario amparado por la ley, deciden someter sus conflictos —presentes o futuros— al arbitraje. Así, únicamente se ventilará en esta institución una controversia en tanto exista un contrato (convenio arbitral) que faculte la actuación de los árbitros. Esto significa que, ausente el contrato (el convenio arbitral), no será posible que se proceda a resolver controversia alguna por medio del arbitraje (recordemos que 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).

En este orden de ideas, si el arbitraje —considerando su naturaleza contractual— es el contrato por el que dos o más sujetos deciden someter un conflicto con relevancia jurídica a la decisión resolutoria,

definitiva y exclusiva de uno o más terceros (denominados árbitros), entonces se puede decir que dicho acuerdo es de fuerza vinculante entre las partes. Tan es así que la decisión resolutoria de los árbitros (laudo) será de cumplimiento obligatorio para esas partes, en virtud de que los contratos son ley para ellas; es decir, en virtud del *pacta sunt servanda*.

(Autores: Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya. Estudio Mario Castillo Freyre/Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Alpa, Guido. «El contrato en el Derecho Privado italiano actual». En *Estudios sobre el contrato en general*. Por los sesenta años del Código Civil italiano (1942-2002). *Op. cit*., p. 143. Briseño Sierra, Humberto. *El Arbitraje en el Derecho Privado*. México: Imprenta Universitaria, 1963, p. 21. Caivano, Roque J. *Arbitraje.* Buenos Aires: *Ad-hoc*, 2000, pp. 94-96. Carnacini, Tito. *Arbitraje*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 22. De la Puente y Lavalle, Manuel. *El Contrato en general*. Lima: Palestra, 2001, pp. 312-325. Díez-Picazo Ponce de León, Luis. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. Madrid: Cívitas, 1996, tomo I, pp. 92 y 93.

VOCABLOS CONEXOS: Arbtraje. Convenio arbitral. Leyes de policía. Orden público.

Partnership Disputes (ver «Litigios societarios»)

Pequeño Juicio

El *Mini Trial***,** también conocido como *pequeño juicio*, forma parte de los denominados Medios Alternativos de Solución de Conflictos-*Alternative Dispute Resolution* (MASC-ADR).

Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos hacen referencia a una amplia gama de mecanismos y procesos destinados a ayudar a los particulares en la solución de sus controversias. Estos mecanismos alter-

nativos no tienen la intención de suplantar la justicia ordinaria, lo que realmente persiguen es complementarla. Los Medios Alternativos de Solución de Conflictos proveen de la oportunidad de resolver los conflictos de una manera creativa y efectiva, encontrando el procedimiento que mejor se adapta a cada disputa.

A nivel mundial, la situación de crisis de la Administración de Justicia ha conducido a la búsqueda de medios alternativos a la intervención jurisdiccional en la solución de los conflictos entre los particulares. En la búsqueda de un mejor acceso a la justicia, se ha insistido en la necesidad de impulsar estas alternativas como soporte a los mecanismos jurisdiccionales, a los fines disminuir el número de los litigios a los que se enfrentan nuestras instituciones encargadas de administrar justicia. La concepción de estos mecanismos amplía la oferta de las formas de cómo resolver diferentes tipos de conflictos, de manera más adecuada a la naturaleza de las partes y de los problemas.

El mini juicio o *mini trial*, exitoso fundamentalmente en los Estados Unidos de América, consiste en reuniones, generalmente organizadas por los abogados de las partes, en las que se simula en forma abreviada un juicio en el que se exponen y debaten los argumentos e incluso se analizan las pruebas de las pretensiones y defensa de las partes, con el objeto de evaluar sus respectivas posiciones en la controversia, antes de emprender formalmente una acción judicial o procedimiento arbitral.

Puede decirse que el mini juicio es la forma más estructurada de mediación, cuyo objetivo consiste en poner a dos altos ejecutivos que representan a ambas partes, en un entorno en el que se les hacen ver los puntos fuertes y las debilidades de sus respectivas posturas. En teoría, al confrontarlos de esta forma, los empresarios se concentran en los riesgos que implica llevar la cuestión ante la Justicia; junto con el tiempo y los costos que probablemente conlleve un proceso judicial, esto es lo que los impulsará a lograr un acuerdo.

En ocasiones, este MASC puede dar lugar a una rápida y económica solución de la controversia, en forma amistosa, que permitirá a las partes continuar con su vínculo de negocios, o puede tener como resultado una solución no obligatoria para las partes, que sirva como punto de partida para negociaciones futuras de un posible acuerdo, sobre mejores bases.

No existe un procedimiento preestablecido en el mini juicio. Generalmente, tras una forma limitada de presentación mutua de documentos y un intercambio de exposiciones, se realiza una audiencia de uno o dos días de duración, que a veces se denomina «intercambio de información».

En realidad, el pequeño juicio es una forma más elaborada de lo que se conoce como «previa evaluación neutral», que consiste en la presentación del caso por las partes y sus abogados ante un tercero neutral, generalmente un abogado con amplia experiencia o un juez excedente que lo evalúa y emite una opinión no vinculante sobre sus posibles consecuencias jurídicas.

Los abogados de cada parte realizan una presentación sucinta en la que describen la prueba que presentarían, en el caso de recurrir a la Justicia. La audiencia es presidida por un asesor neutral que ofrece una opinión preliminar respecto de la forma en la que probablemente reaccionaría un tribunal. Este intercambio de información va seguido de negociaciones entre ambos ejecutivos, ya sea con o sin intervención del asesor neutral.

El primer caso conocido que fue resuelto con este mecanismo y al que se atribuye el origen del *mini trial*, tuvo lugar en 1977 entre Telecredit Inc. y TRW Inc., en los Estados Unidos de América, para resolver un complejo problema de infracción de patentes. Después de dos años de diligencias probatorias *(Discovery)*, mediante las cuales se habían exhibido más de 100.000 documentos y cada parte había gastado más de

$ 500.000 en honorarios, las partes acordaron este procedimiento, que implementaron mediante el intercambio de escritos y la presentación de argumentos por los abogados de cada parte, durante veinte días, ante un panel compuesto por un alto ejecutivo de cada una de las empresas, con facultades para transar, y un tercero neutral designado de común acuerdo. Después de la presentación del caso por los abogados, los ejecutivos se reunieron a solas durante media hora. El asunto se resolvió por transacción en once semanas.

Otro caso frecuentemente citado por diversos autores, es el de la controversia habida entre Texaco y Borden, de cuantía superior a los 200 millones de dólares, consistente en una reclamación antimonopólica y de cumplimiento de contrato, transada exitosamente entre ambas partes, sin intervención de un tercero neutral.

Para que un pequeño juicio tenga éxito, debe ser cuidadosamente planeado. De acuerdo con Brown y Marriot, para el éxito del pequeño juicio se deben establecer previamente y con toda claridad, entre otros temas, los siguientes:

1. Las fechas de celebración de las reuniones.

2. La duración del procedimiento y los tiempos asignados para la participación oral de las partes.

3. La forma que deberán revestir los documentos que las partes intercambiarán antes de iniciado el procedimiento oral.

4. La posible participación de expertos técnicos, o bien de testigos, su número, y el tiempo máximo de sus intervenciones.

5. La confirmación del carácter no vinculante y confidencial del procedimiento.

6. Costos.

7. Todo aquello que se considere necesario y relevante para el caso en particular.

Si las partes no logran un acuerdo, pueden solicitar que el asesor neutral emita una opinión no vinculante respecto del resultado probable del proceso judicial. Es posible que esto baste para que las partes lleguen a un acuerdo.

(Autora: María Arias Navarro. Letrada de la Corte Española de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Castro Estavillo, F. «Medios Alternativos de Resolución de Controversias». En *Jurídica, Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México, D.F., 1996, n.º 26. Buhring, Uhle. *Arbitration and Mediation in International Business*. Kluwer Law International, 2006. Redfern, A, H. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides. *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional.* Navarra: Thomson Aranzadi, 2006. *Guide to ICC Arbitration. International Court of Arbitration, International Chamber of Commerce.*

VOCABLOS CONEXOS: *Alternative Dispute Resolutions (ADR).* Conciliación. *Dispute Boards*. Mediación.

Perito (ver «Careo de peritos»)

Plazo

En términos procesales, el plazo es el tiempo que se determina para el cumplimiento de un acto procesal en particular.

Los plazos pueden ser determinados por la ley, caso en el cual se denominará plazo «legal».

Existen actos procesales en los que la ley otorga la facultad para que el juez señale un plazo determinado de cumplimiento. Incluso en el supuesto de que la ley omita toda referencia al plazo, el juez puede fijar un

plazo dentro del cual un acto debe cumplirse. En estos casos, el plazo será denominado «judicial».

Además de los plazos mencionados, las partes, de común acuerdo, pueden fijar un plazo. Es por ello que a este plazo se le denomina «convencional».

Ahora bien, los plazos también pueden ser perentorios y no perentorios, de acuerdo a los efectos que produzcan.

Los plazos perentorios son también llamados preclusivos o fatales, porque su vencimiento determina automáticamente la caducidad de la facultad procesal para cuyo ejercicio se concediera.

Los plazos no perentorios, *contrario sensu*, son aquéllos en los que su vencimiento no ocasiona la caducidad de la facultad procesal para el cumplimiento de determinado acto procesal.

En el proceso arbitral, como sabemos, el principio rector es la autonomía de la voluntad, que ofrece a las partes la posibilidad de establecer las reglas por las cuales se guiará el arbitraje. Recién en ausencia de acuerdo de partes, el tribunal arbitral está facultado para decidir las reglas que considere más apropiadas. Y, finalmente, si ni las partes ni el árbitro determinan la forma en la que se llevará el proceso arbitral, o si existe algún vacío en las reglas acordadas, se podrá aplicar las normas que regulan el arbitraje.

En efecto, como bien señala Mantilla, en el arbitraje impera el principio de la autonomía de la voluntad privada. Las partes pueden libremente acordar todo lo relacionado con los plazos en el arbitraje.

Al respecto, Toribios Fuentes señala que el acuerdo de las partes puede efectuarse de diversas formas:

a) *Ad-hoc*: Cuando las partes, en el propio convenio arbitral, determinan las normas de procedimiento y, en consecuencia, establecen concretas previsiones respecto del cómputo de los plazos procedimentales.

b) Institucional: Cuando las partes encomiendan la administración del arbitraje a un centro, el cual ejercerá su función conforme a sus propios reglamentos, los que contendrán normas respecto al cómputo de los plazos.

c) Reglamentario: Las partes pueden someterse al reglamento de una institución, pero sin encomendarle la administración del arbitraje, en cuyo caso ese concreto reglamento también integrará la voluntad de las partes.

De no estar establecido —ya sea de manera convencional o legal— un plazo para algún acto procesal, el tribunal arbitral determinará los plazos a ser aplicables. Así, por ejemplo, en las Actas de Instalación se suele establecer que, en caso de deficiencia o vacío de las reglas pactadas en la propia Acta o establecidas por Ley, el tribunal arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado.

Los plazos en los arbitrajes se computan por días hábiles, a no ser que expresamente se señale que son días calendario. Excepcionalmente, los árbitros pueden habilitar, previa notificación a las partes, días inhábiles para llevar a cabo determinadas actuaciones.

Para los fines del cómputo de los plazos en los arbitrajes, el término correspondiente comienza a correr desde el día hábil siguiente a aquél en que se recibe una notificación. Cuando el cómputo se efectúe por días calendario, el vencimiento de un plazo en día inhábil en el lugar de la sede del tribunal arbitral, determinará su prórroga hasta el primer día hábil siguiente.

El tribunal arbitral podrá ampliar discrecionalmente los plazos de existir cualquier circunstancia que, a su juicio, amerite tal ampliación, incluso si los plazos estuviesen vencidos, en cuyo caso dicha circunstancia deberá estar debidamente acreditada.

Dentro de tal orden de ideas, el tema de los plazos procesales sigue la característica primordial del arbitraje, esto es, la primacía de la autonomía de la voluntad, generando la libertad formal del proceso y mostrando la flexibilidad de este medio de resolución de conflictos.

(Autores: Mario Castillo Freyre y Rita Sabroso Minaya/ Estudio Mario Castillo Freyre, Lima).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Ledesma Narváez, Marianella. *Comentarios al Código Procesal Civil*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, tomo I, pp. 519-520; Toribio Fuentes, Fernando. «Notificaciones, comunicaciones y cómputo de plazos». En *Comentarios prácticos a la Ley de Arbitraje*. Valladolid: Editorial Lex Nova, 2004, pp. 108-109; Mantilla-Serrano, Fernando. *Ley de Arbitraje. Una perspectiva internacional*. Madrid: Iustel, 2005, p. 64.

Prejudicialidad

La institución de la prejudicialidad tiene por objeto evitar resoluciones contradictorias en procedimientos en los que sus objetos están íntimamente relacionados. Así, en el caso de dos procedimientos judiciales, la Ley de Enjuiciamiento Civil, en su artículo 421, regula expresamente la facultad del juez para decretar la suspensión del curso de las actuaciones, en el Estado en que se hallen, en aquellos supuestos en los que para resolver sobre el objeto del litigio sea necesario decidir acerca de alguna cuestión que, a su vez, constituya el objeto principal de otro proceso pendiente ante el mismo o distinto tribunal. En semejantes términos se pronuncia el artículo 40.2 de la ley rituaria, en relación con la prejudicialidad penal.

Sin embargo, la cuestión no es tan clara cuando, de los dos procedimientos que entran en conflicto, uno es judicial y otro arbitral. En este supuesto, cabe plantearse si los árbitros tienen la facultad de apreciar y estimar una excepción de prejudicialidad, ya sea civil o penal y, en consecuencia, suspender el procedimiento arbitral hasta que finalice el proceso que tenga por objeto la cuestión prejudicial. Y viceversa. Si los jueces pueden apreciar prejudicialidad sobre la base de la existencia de un procedimiento arbitral (y no judicial) anterior.

En sede arbitral, y ante el silencio absoluto de la Ley de Arbitraje, la decisión última queda en manos de los árbitros, que deberán decidir entre cumplir con el mandato que les ha sido encomendando, ordenando la tramitación del procedimiento y dictando el laudo en el plazo marcado, o bien entender aplicable, *mutatis mutandi*, lo previsto en las normas procesales generales, en cuanto no se opongan a otras especiales de arbitraje y, por ende, acordar la suspensión del arbitraje, a fin de evitar la existencia de posibles resoluciones contradictorias. Esta segunda opción acarrea el riesgo de finalizar un arbitraje sin resolución, en los supuestos en los que la prejudicialidad se aprecia una vez está corriendo el plazo para dictar el laudo, y el procedimiento que tenga por objeto la cuestión prejudicial se prolonga más allá de dicho plazo, transcurrido el cual decae la facultad jurisdiccional de los árbitros. Quizá por ello la doctrina, tanto nacional como internacional, se inclina de una forma clara hacia la primera de las opciones, incluso en supuestos de posible prejudicialidad penal, amparándose en la primacía del convenio arbitral y en la misión del árbitro, a la que no le es dado renunciar, salvo acuerdo de las partes.

En cualquier caso, en el supuesto de que los árbitros estuvieran facultados para acordar la suspensión del procedimiento arbitral, en caso de prejudicialidad, dicha suspensión, conforme reiterada doctrina jurisprudencial, únicamente procedería en caso de que concurriera una triple identidad de sujetos, objeto y causa de pedir entre el proceso pendiente y el arbitraje iniciado posteriormente.

(Autor: Miguel Temboury. Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Ley aplicable al arbitraje. Procedimiento arbitral.

Principios del Derecho Internacional

En un sentido amplio, el Derecho Internacional (DI) como sistema jurídico también tiene unos principios que le son propios. Entre éstos, sin dejar de tener presente los principios de Derecho Internacional referidos a los derechos humanos, pero centrándonos en los principios de Derecho Internacional como fuente de aplicabilidad por los árbitros, hemos de tener presente, en el caso de las controversias entre Estados, los principios proclamados mediante la Resolución n.º 2625 (XXV) de 24 de octubre de 1970 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre las Relaciones de Amistad y a la Cooperación entre los Estados, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

Como el texto mismo de la Resolución n.º 2625 indica, estos principios sintonizan la suprema importancia de la Carta de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y para el desarrollo de las relaciones de amistad y la cooperación entre los Estados, entre los cuales tenemos:

a) El principio de que los Estados, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas.

b) El principio de que los Estados arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos, de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia.

c) La obligación de no intervenir en los asuntos que son de la jurisdicción interna de los Estados, de conformidad con la Carta.

d) La obligación de los Estados de cooperar entre sí, conforme a la Carta.

e) El principio de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos.

f) El principio de la igualdad soberana de los Estados.

g) El principio de que los Estados cumplirán de buena fe las obligaciones contraídas por ellos de conformidad con la Carta, para conseguir su aplicación más efectiva dentro de la comunidad internacional y fomentarán la realización de los propósitos de las Naciones Unidas.

Asimismo, hay principios que subyacen en el orden jurídico económico internacional, como la soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales, la libre opción del sistema económico de cada país, la no discriminación económica, el beneficio económico mutuo y el libre comercio y la cooperación económica.

Asimismo, en el marco del Derecho de las Inversiones Internacionales resaltan el principio de no confiscatoriedad y el principio del trato de la nación más favorecida.

En conexión con lo expuesto, también conviene añadir que resulta muy interesante la formulación realizada en la 62 Conferencia de la *International Law Association* de 1986, mediante la Declaración de Seúl y, también, la Declaración de Principios de Derecho Internacional Relativos al Desarrollo Sostenible, de 2002, texto que subraya que el desarrollo económico e industrial ha de realizarse con respeto al medio ambiente.

En lo que a arbitraje concierne, estos principios están llamados a cubrir lagunas del ordenamiento en controbversias y que podrían ser aplicadas de oficio por los árbitros, sobre todo cuando de disputas interestatales se trata.

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Bronwlie, I. *Principles of Public International Law.* Oxford, 1998, pp. 514-517. Novak Talavera, F. y L. García-Corrochano Moyano. *Derecho Internacional Público.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, tomo I.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones.

Principios Generales del Derecho

Los principios generales del Derecho son axiomas o postulados éticos que inspiran los sistemas jurídicos sobre la base de la idea de justicia. Se encuentran en el ordenamiento interno de los Estados y, a la vez, son compartidos —o asumidos— por el Derecho Internacional (DI), en cuanto ofrecen soluciones que ya los Estados han dado a situaciones similares; y tales principios suelen repetirse incluso en las distintas tradiciones jurídicas de la humanidad. De ahí que en el DI se reconozca que para aceptar la vigencia en el DI de los principios generales del Derecho debe pues, previamente, constatarse su existencia en el ordenamiento interno de los Estados y, en esta línea, los principios generales del Derecho suelen ser reconocidos por tribunales internacionales en sus decisiones, tal como ocurrió, por ejemplo, con el principio del enriquecimiento injusto en el *Caso Lena Goldfields*, resuelto por un tribunal arbitral en 1930, que sentenció contra Rusia debido a que este Estado no pagó compensación a una compañía nacionalizada que había realizado inversiones destinadas al sector minero.

Al hilo de la extrapolación de los Principios Generales del Derecho al escenario internacional, o a su aplicabilidad en el arbitraje internacional, para ser más exactos, conviene citar los Nuevos Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales de 2004, que en realidad son enunciados que, desde los Principios Generales del Derecho —ya presentes en el ordenamiento interno de los Estados— llegan a un escenario jurídico internacionalizado, como ocurre con el principio de la

buena fe, la figura de la representación o la fuerza mayor; y cuya axiología es suceptible de ser aplicada por los árbitros.

(Autor: Jorge Luis Collantes González. Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Bronwlie, I. *Principles of Public International Law.* Oxford, 1998, pp. 514-517. Novak Talavera, F. y L. García-Corrochano Moyano. *Derecho Internacional Público.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000, tomo I.

VOCABLOS CONEXOS: Conflicto de leyes. Ley aplicable al arbitraje comercial internacional. Leyes de policía. Orden Público. Principios del Derecho Internacional.

Principios UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales

Los principios UNIDROIT sobre contratos mercantiles internacionales de 2004 pueden ser considerados como un ordenamiento privado en el sentido de que encierran reglas generales aplicables a los contratos mercantiles internacionales si así lo acuerdan las partes o cuando las partes de un contrato se remitan a los Principios Generales del Derecho o la *lex mercatoria.* Pues, tal como señala en su Preámbulo, «estos Principios deberán aplicarse cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por ellos» y «cuando las partes hayan acordado que su contrato se rija por principios generales del Derecho, la *«lex mercatoria»* o expresiones semejantes..., cuando las partes no han escogido el Derecho aplicable al contrato».

Asimismo, de cara a su utilidad y siguiendo el Preámbulo «estos Principios pueden ser utilizados para interpretar o complementar instrumentos internacionales de Derecho uniforme..., para interpretar o complementar el Derecho nacional» y también pueden servir como un modelo para tanto legislador estatal como para la elaboración de tratados internacionales.

En lo que a arbitraje se refiere, los Principios UNIDROIT han sido bastante acertados a la hora de reconocer a las intancias arbitrales y no sólo a los tribunales estatales, ya que contundentemente el artículo 1.11, referido a los fines de los Principios UNIDROIT, señala que el término «tribunal» incluye a las instancias arbitrales.

De allí que los enunciados que los principios UNIDROIT encierran, puedan ser de aplicación por los árbitros. No obstante, cabe decir que en la práctica arbitral tampoco es novedad que los árbitros apliquen los Principios Generales del Derecho.

Por otro lado, desde un punto de vista procedimental, resalta que el artículo 10.6, bajo la rúbrica de *Suspensión por procedimiento arbitral*, señale que «El decurso del período de prescripción se suspende cuando al iniciar un procedimiento arbitral, o en el procedimiento arbitral ya iniciado, el acreedor realiza cualquier acto que es reconocido por el derecho del tribunal arbitral como ejercicio del derecho del acreedor contra el deudor. A falta de disposiciones en el reglamento de arbitraje o de otras reglas que determinen la fecha exacta del comienzo del procedimiento arbitral, dicho procedimiento se considera comenzado el día en que el deudor recibe una solicitud para que se adjudique el derecho en disputa». En este mismo precepto se reconoce que «La suspensión dura hasta que se haya dictado una decisión vinculante o hasta que el procedimiento concluya de otro modo».

En conexión con esto último y en atención a los Comentarios a los Principios UNIDROIT, «las negociaciones no suspenden en manera automática el curso del período de prescripción. Las partes que desean suspender el curso de la prescripción deberán acordarlo expresamente. Pero... la conciliación u otras formas de resolución alternativa de controversias causan una suspensión del curso de la prescripción».

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

FUENTES DE REFERENCIA: http://www.unidroit.org/spanish/principles/contracts/principles2004/integralversionprinciples2004-s.pdf.

VOCABLOS CONEXOS: Principios Generales del Derecho. Fuentes del Derecho Arbitral.

Procedimiento arbitral (normas sobre)

Las normas sobre el procedimiento arbitral son el conjunto de normas, reglas, órdenes procesales que establecen los pasos que debe seguir el proceso arbitral. El procedimiento arbitral puede ser diseñado por las partes de principio a fin en un arbitraje *ad-hoc*, o puede estar prefijado por una institución de arbitraje a la que las partes se han sometido en un arbitraje institucional. Por ejemplo, el procedimiento arbitral de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de París o, en España, el procedimiento arbitral de la Asociación Europea de Arbitraje (AEADE).

El esquema de procedimiento clásico es el del procedimiento civil en España, es decir, el constituido en sus pasos más importantes por demanda, contestación, proposición de prueba, audiencia previa, juicio con práctica de la prueba y laudo. Sin embargo, existen otras variantes como la de las demandas simultáneas en el que las partes presentan cada una su demanda, después contestaciones cruzadas y ya fase de proposición de prueba, admisión, juicio y laudo arbitral.

(Autor: Enrique Navarro. Prof. Titular de Der. Int. Priv. de la U. Rey Juan Carlos de Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Acta de misión. Alegaciones (*memorials*). Ley aplicable al arbitraje. Órdenes Procesales. Reglamento arbitral.

Protección diplomática

La protección diplomática es una institución jurídica que permite a los Estados, encaminar actuaciones, ante o contra otro Estado, para exigir que el Derecho Internacional sea respetado en la persona de sus nacionales, sean personas físicas o personas jurídicas (compañías), asumiendo como suya la reclamación.

En este sentido, un clásico de la jurisprudencia en la materia es la Sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI) sobre el *Asunto de las Inversiones Mavrommatis*, de 30 de agosto de 1924, que señaló que: «Es un principio elemental de Derecho Internacional el que faculta al Estado para proteger a sus nacionales lesionados por actos contrarios al Derecho Internacional que haya podido cometer otro Estado y respecto de las cuales no haya podido obtener satisfacción por medio de vías ordinarias. Al asumir la reclamación de uno de los suyos, al iniciar, en su favor la acción diplomática o la acción judicial, en realidad dicho Estado ejercita su propio derecho, el que tiene a que el Derecho Internacional sea respetado en la persona de sus súbditos».

Asimismo, la jurisprudencia nos amplía el panorama descrito en el sentido de que, como ha asumido la Decisión de la Corte Internacional de Justicia de 24 de mayo de 2007 sobre el *Asunto Ahmadou Sadio Diallo,* mediante el mecanismo de la protección diplomática se exige la responsabilidad de un Estado por un daño causado por este Estado a una persona natural o jurídica del Estado que reclama.

La protección diplomática puede ejercerse mediante distintas formas, que van desde actividades diplomáticas directamente ante otro Estado, hasta el recurso al arbitraje o la vía judicial (siendo en ambas la parte actora el Estado que sume la protección diplomática), excluyéndose el uso de la fuerza, dada su prohibición en el Derecho Internacional.

La finalidad del ejercicio de la protección diplomática es *a) prevenir* la violación de normas internacionales relativas a extranjeros, *b) hacer cesar* la actividad de carácter ilícito y *c) obtener una reparación* o, incluso, dos o las tres de estas finalidades a la vez, dependiendo de las circunstancias.

Hoy en día existe sobre la mesa un Proyecto de Artículos sobre Protección Diplomática, de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas, del año 2006, texto que abre el camino hacia una Convención sobre la materia. Pero, mientras tanto, la protección diplomática aparece sobre la base de los principios, la costumbre, la jurisprudencia y es, a la vez, comentada ampliamente por la doctrina.

A lo expuesto, hemos de añadir que para ejercer la protección diplomática uno de los requisitos para ello es la regla de los recursos internos *(local remedies)*, es decir que el particular afectado haya agotado las vías que el ordenamiento jurídico del Estado que le lesiona y que todas éstas hayan sido infructuosas para su pretensión, tal como se ha venido reconociendo en jurisprudencia como la Ordenanza de la Corte Permanente de Justicia Internacional, de 4 de abril de 1939, sobre el *Asunto Compagnie d'electricité de Sofia et de Bulgaria*, las Sentencias de la Corte Internacional de Justicia de 21 de mayo de 1959 sobre el *Asunto Intherhadel* y de 20 de julio de 1989 sobre el *Asunto Elettronica Sicula*, o la Decisión arbitral sobre el *Asunto Ambiatelos.*

La conexión entre la protección diplomática y el arbitraje no sólo radica en la posibilidad de que un Estado entable reclamaciones contra otro Estado ante una instancia arbitral (si se dan los presupuestos) y que le exija responsabilidad internacional por esta vía, sino también en la *exclusión* de la protección diplomática cuando el particular lesionado puede por sí mismo entablar acciones directas contra un Estado extranjero ante una instancia arbitral. Esto se da con total claridad en el marco del arbitraje de inversiones en el sistema CIADI.

En efecto, el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI), establece que: «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».

No obstante, tenemos que precisar que si bien el artículo 27.1 del Convenio de Washington descarta la protección diplomática, este precepto no prohíbe desplegar algunos esfuerzos diplomáticos a los Estados, tal como se refleja en la Decisión sobre Competencia de Tribunal Arbitral, de 27 de septiembre de 2001, recaída en el marco del *Asunto Autopista Concesionada,* donde se precisa que: «El artículo 27 del Convenio CIADI hace una clara distinción entre la protección diplomática y las gestiones tendentes al arreglo de diferencias. El Convenio CIADI proporciona un foro para resolver las diferencias pero no pretende obligar a las partes a recurrir al arbitraje cuando existe la posibilidad de llegar a una solución amistosa. En consecuencia, las diligencias realizadas con el fin de resolver una diferencia no constituyen medidas prohibitivas de protección diplomática conforme al artículo 27» (Caso n.º ARB/005 del CIADI. Párrafo 138).

(Autor: Jorge Luis Collantes González.
Licenciado en Derecho por la Universidad Internacional de Cataluña).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Collantes González, Jorge Luis. «La protección diplomática: ¿El retorno a lo interestatal cuando otros mecanismos han fallado?». En Collantes González, Jorge Luis. (Dir.) *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales.* Biblioteca de Arbitraje. Lima: Palestra Editores-Estudio Mario Castillo Freyre, 2009. Díez de Velasco, M. *Instituciones de Derecho Internacional Público.* Madrid: Tecnos, 2001, de él mismo «*La protection diplomatique des societés et des actionnaires*». En *Recueil of Courses of The Hague Academy of Interna-*

tional Law, 1974, tomo 141. Dinstein. «Diplomatic Protection of Companies under International Law». En Wellens (Ed.). *International Law: Theory and Practice (Essays in Honour of Eric Suy)*. La Haya/Boston/Londres: Martinus Nijhoff Publishers, 1998. Torroja Mateu, Helena. *El derecho de los Estados a ejercer la protección diplomática*. Barcelona: Bosch Editor, 2007.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Arbitraje de inversiones. Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (Convenio CIADI). Principios de Derecho Internacional.

Protocolización del laudo arbitral

Acto notarial en virtud del cual el laudo arbitral se incorpora al protocolo del Notario con la finalidad esencial de conservar la resolución arbitral y dejar constancia de su realidad y contenido. Esta protocolización se realiza mediante «acta notarial», documento público redactado y autorizado por el Notario que, en cuanto tal, hace prueba, aun contra terceros, del laudo arbitral y de su fecha.

La protocolización se produce mediante la comparecencia y solicitud de los sujetos legitimados, generalmente el árbitro o alguna de las partes del arbitraje o sus representantes, y la entrega por éstos del original o copia testimoniada del laudo arbitral. Aceptada la solicitud y examinado el documento por el Notario, éste declara el laudo unido al expediente del protocolo, expresando el número de folios que contenga y los reintegros que lleve unidos.

Conforme a la legislación arbitral española vigente, la protocolización del laudo arbitral es una mera facultad de las partes, quienes solicitarán dicha actuación notarial si lo estiman conveniente a sus intereses. Quiere esto decir que el laudo es válido y eficaz una vez cumplidos los requisitos de emisión establecidos en la Ley de Arbitraje, sin que ni siquiera su eficacia ejecutiva quede sujeta a tal exigencia solemne —si bien el ejecutado podrá oponerse a la ejecución del laudo no protocolizado alegando la falta de autenticidad del mismo; supuesto que, por

otra parte, la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil considera excepcional— (artículos 37.8 de la Ley de Arbitraje de 2003 y 559.1, 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

La Ley de Arbitraje de 2003 suprime así el régimen de obligatoria protocolización del laudo establecido en la normativa precedente. En esta dirección, la Ley de 22 de diciembre de 1953, de Arbitrajes de Derecho Privado, exigía que los árbitros dictaran su laudo «ante Notario»; esto suponía, según la doctrina más característica y la jurisprudencia, que la escritura notarial no se configurase como un mero requisito subjetivo, sino como un requisito de forma constitutivo del laudo arbitral como acto jurídico (SSTS de 1 de junio de 1976 y de 6 de diciembre de 1984). Con posterioridad, la Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje, si bien mantuvo la exigencia de protocolización del laudo arbitral, omitió la obligación de que su emisión se realizase en presencia del Notario; la protocolización dejó de ser un requisito de validez de la resolución arbitral para constituir una exigencia de su plena eficacia ejecutiva.

Este sistema actual de protocolización potestativa del laudo arbitral se adecúa en mayor medida al resto de legislaciones arbitrales nacionales y a los Convenios y Tratados arbitrales internacionales que, con carácter general, prescinden de este requisito. Sirvan de ejemplo las legislaciones arbitrales de Ecuador (Ley de Arbitraje y mediación de 4 de septiembre de 1997); México (Código de Comercio, Título IV); Venezuela (Ley de Arbitraje Comercial, Gaceta Oficial n.º 36.430 de 7 de abril de 1998) y Perú (Decreto Legislativo n.º 1071, de Arbitraje), que no se refieren a la protocolización del laudo en su articulado; o la Ley de Costa Rica (Ley n.º 7727 de 1997, de Resolución Alternativa de Conflictos y Promoción de la Paz Social), que establece la protocolización voluntaria a instancia de las partes. En otros ordenamientos nacionales, la protocolización es sustituida por el depósito del laudo arbitral ante el órgano judicial; así Portugal, que exige el depósito del original del laudo en la Secretaría del Tribunal Judicial del lugar del arbitraje, salvo que las

partes hayan dispensado el depósito o que, en arbitrajes institucionales, el reglamento prevea otro tipo de depósito (artículo 24 de la Ley de Arbitraje Voluntario n.º 31/86 de 29 de agosto de 1986); Italia, que dispone el depósito del laudo en el Registro del Tribunal del lugar del arbitraje para que pueda ser forzosamente ejecutado (artículo 825 del Código de Proceso Civil, modificado por el Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2006, n.º 40); o Francia, que exige el depósito de la resolución arbitral por el árbitro o las partes en la Secretaría del Tribunal, para que sea susceptible de ejecución forzosa, en virtud de una resolución de *exequatur* dictada por el *Tribunal de Grande Instance* del lugar en que el laudo haya sido emitido (artículo 1477 del Código de Proceso Civil —Libro IV—).

Tradicionalmente criticado por considerarse una exigencia de derecho nacional que alarga y encarece el arbitraje, en contra de la agilidad propia de su procedimiento, el requerimiento de protocolización del laudo arbitral se muestra aún más inadecuado en el ámbito del arbitraje internacional, que demanda, si cabe, una mayor agilidad y eficacia en los métodos de solución de sus conflictos. De hecho, durante la vigencia de la Ley n.º 36/1988 de 5 de diciembre de 1988, de Arbitraje, la doctrina había entendido que únicamente podría exigirse la protocolización de un laudo arbitral dictado en España en materia de arbitraje internacional si las partes, de manera expresa, lo habían estipulado o habían acordado que el procedimiento se rigiera por el Derecho español. Por otro lado, tratándose de un laudo arbitral extranjero, hay que reseñar que la Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, no prevé entre las causas de denegación del *exequatur* la falta de protocolización del laudo arbitral dictado fuera del país en el que se pretende su ejecución.

(Autora: M.ª Victoria Sánchez Pos.
Profesora de Derecho Procesal/U. de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Guasp, J. *El Arbitraje en el Derecho Español*. Barcelona: Bosch, 1956. Giménez-Arnau, E. *Derecho Notarial*. Pamplona: EUNSA, 1976. Ávila Álvarez, P. *Estudios de Derecho Notarial*. Madrid: Montecorvo, 1982. Rivero Hernández, F. «Comentario al artículo 33». En Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (Coord.). *Comentarios a la Ley de Arbitraje*. Madrid: Tecnos, 1991. Mantilla Serrano, F. «Arbitraje Internacional y protocolización del laudo. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1994». *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1994, vol. X.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional. Eficacia ejecutiva del laudo arbitral. Laudo. Ejecución del laudo. *Exequatur*.

Provisión de fondos

En los casos de arbitraje institucional, dos suelen ser los costes principales del arbitraje: (i) los derechos de admisión, por la admisión de una solicitud de arbitraje: (ii) los costes administrativos destinados a remunerar los servicios prestados y gastos incurridos por la institución arbitral en la administración del arbitraje y (ii) los honorarios de los árbitros. En los arbitrajes *ad-hoc* no interviene una institución arbitral, por lo que los costes administrativos no suelen existir, si bien es cada vez más común que los árbitros nombren a un secretario para realizar las funciones de administración del arbitraje y que se remuneren sus servicios.

Existen a su vez dos modalidades de tarificación de los costes anteriores: por horas o en función de la cuantía. En el primer caso, se establece un coste horario y tanto la institución como los propios árbitros cobran sus partidas multiplicando el número de horas incurridas por la tarifa en cuestión. En el segundo caso, se suelen establecer distintos tramos cuantitativos aplicándose a cada uno de ellos porcentajes regresivos, es decir, más bajos cuanto mayor sea la cuantía del tramo. Éste es el método utilizado por la gran mayoría de cortes de arbitraje. Muchas de estas instituciones arbitrales, como la Corte de Arbitraje de Madrid o la CCI, cuentan con un calculador de aranceles *online* disponible para las partes a tal efecto. Ello permite a las partes antici-

par los costes y contribuye a colocar a éstas en un escenario de seguridad jurídica y predictibilidad.

Es práctica comúnmente aceptada (y amparada por el artículo 21 de la Ley de Arbitraje española) que al inicio del arbitraje las cortes de arbitraje (o los propios árbitros, en caso de los arbitrajes *ad-hoc*) soliciten a las partes las provisiones de fondos que estimen necesarias para atender a los honorarios y gastos de los árbitros y a los que puedan producirse en la administración del arbitraje. Esta provisión suele repartirse al 50% entre las partes, sin perjuicio de lo que, en su día, se decida mediante laudo con respecto a las costas del arbitraje. En caso de que una de las partes no abone su parte de la provisión de fondos, lo habitual es que las cortes o los árbitros soliciten a la otra parte que suplan dicha omisión, sin perjuicio de que en ese caso se reconozca un derecho de crédito en su favor a dilucidar en el laudo. La falta de pago de la provisión de fondos por las partes suele acarrear que las instituciones arbitrales o los árbitros den por concluidas las actuaciones arbitrales, procediendo a su archivo.

(Autora: Elena Gutiérrez García de Cortázar. Letrada de la Corte de Arbitraje de Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje Institucional. Corte de Arbitraje.

Prueba

1. La prueba en el procedimiento arbitral

En principio, la falta de *iurisdictio* de los árbitros impide que tengan posibilidad de obligar a las partes a aportar al procedimiento arbitral ninguna prueba, ni tampoco están obligados a instruir el procedimiento de conformidad con las normas que estén establecidas en un concreto ordenamiento, sino que pueden emplear las pruebas que las

partes les presenten. En este sentido, las partes pueden incluir en sus contratos una cláusula que indique que adoptan una concreta regulación relativa a la prueba, como es el caso de las «Reglas de la *International Bar Association* sobre Práctica de Pruebas en el Arbitraje Comercial Internacional», adoptadas el 1 de junio de 1999 por Resolución del Consejo de la IBA (*International Bar Association Rules on the Taking of Evidence in International Commercial Arbitration*), más conocidas como «IBA Rules».

Ahora bien, las propias partes pueden solicitar la intervención de una autoridad judicial, a pesar de que el supuesto haya sido sometido a arbitraje (a través de una cláusula recogida en el contrato), de forma que incluso algunos reglamentos de arbitraje prevén esta opción, esto es, que puedan solicitarse, antes del inicio del procedimiento arbitral o, incluso, durante su sustanciación, la realización y obtención de pruebas por las autoridades judiciales.

2. Cooperación entre autoridades judiciales y arbitrales en el ámbito de la prueba

Es posible que la autoridad judicial ordene la realización de pruebas, a pesar de que el contrato recoja una cláusula arbitral. La jurisprudencia francesa ha aceptado la posibilidad de acudir al *juge des référés*, a pesar de que se haya previsto por las partes un convenio de arbitraje, para que se constituyan medidas de instrucción (Sents. de la *Cour de Cassation*, de 11 de octubre de 1995), esto es, medidas de protección tanto antes del inicio del procedimiento arbitral como durante su curso, y que tales medidas pueden ser, tanto de conservación de la prueba como medidas de instrucción. Y, en este sentido, las que están siendo más utilizadas son las que regula el artículo 145 del Nouveau Code de Procedure Civile (NCPC), que se denominan *mesures d'instruction in futurum* y que permiten la obtención de una prueba incluso antes del inicio de un procedimiento (arbitral).

En principio, estas medidas se han justificado para evitar el riesgo de desaparición de los elementos de prueba, pero también despliegan una función preparatoria del procedimiento principal. Se encuentran reguladas en el NCPC, concretamente, en el artículo 145 (introducida en el NCPC mediante Decreto n.º 73/1122, de 17 de diciembre de 1973), que dispone que: «*s'il existe un motif légitime de conserver ou d'établir avant tout procès la preuve des faits dont pourrais dépendre la solution d'un litige, les mesures d'instruction légalement admissibles peuvent être ordonnés à la demande de tout intéressé, sur requête ou en référé*». Se adoptan a través del procedimiento (denominado) «*référé probatoire*», esto es, la autoridad judicial que las declara (en su caso) no es (aún) competente para conocer del fondo del asunto. Ahora bien, para que puedan adoptarse las citadas medidas es preciso que exista un motivo legítimo y, en todo caso, la demanda ha de ser presentada antes del inicio del procedimiento arbitral.

En cuanto al tipo de medidas de prueba que podrían practicarse, la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de que, incluso, se nombre o designe un experto, dado que la actuación de la autoridad judicial no se limita a realizar constataciones, sino que también puede ordenar todas las medidas de prueba admisibles legalmente. La finalidad de la opinión del experto es aportar claridad con respecto a los hechos sobre los que tiene que pronunciarse el tribunal arbitral, pero, en todo caso, el tribunal arbitral puede designar otro experto o bien hacer caso omiso de la información que le proporciona el experto nombrado por el juez.

Sin embargo, es preciso llamar también la atención acerca de la posibilidad de excluir la asistencia de la autoridad judicial a través de una cláusula que se incluya en el contrato. Esto es, las partes pueden excluir, a través de convenio, la utilización del *juge des référés*, para que actúe en el caso de que el contrato haya sido sometido a arbitraje y pueden también prever por vía contractual la conservación de las pruebas hasta que el caso haya sido resuelto a través del arbitraje.

(Autora: Gloria Esteban de la Rosa.
Profesora Titular de Der. Int. Privado de la U. de Jaén).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Hauteclocque. «French Judicial Expertise Procedure and International Arbitration», 4 *Journal of International Arbitration*, 77 (1987); Hory. «Mesures d'instruction in futurum et arbitrage». *Revue de l'arbitrage*. 1996, vol. 2, pp. 191 y ss. Patocchi/Meakin. «Procedure and the Taking of Evidence in international commercial arbitration. The interaction of Civil and Common Law Procedures». *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 1996, n.º 7, pp. 884 y ss.; Perrot. «L'administration de la preuve en matière d'arbitrage (le droit continental de la preuve)». *Revue de l'arbitrage*, 1974-1975, pp. 159 y ss. Von Mehren/Salomon. «Submitting Evidence in an International Arbitration: The Common Lawyer's Guide». *Journal of International Arbitration*, 2003, pp. 295 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Acta de Misión. *American Arbitration Association*. Arbitraje internacional. Arbitraje. Audiencias *(hearings).* Cámara de Comercio internacional de París. Control judicial del arbitraje. Convenio Arbitral. Conflicto de leyes. Cláusula arbitral. Declinatoria arbitral. Ley aplicable al arbitraje. Sesiones de prueba.

Q

Quiebra (Efectos de la quiebra sobre el convenio arbitral) (ver «Arbitraje concursal interno»; «Arbitraje concursal internacional»; «Reglamento del Consejo n.º 1346/2000»)

R

Rabínico (ver «Arbitraje financiero rabínico»)

Rebeldía

Se puede definir como situación provisional de ausencia jurídica del demandado en el procedimiento arbitral, subsanable mediante su personación en forma, aunque sin retrotraer las actuaciones, que no supone allanamiento ni conformidad con los hechos de la demanda, ni por ello, la condena del demandado, al no existir la carga de personarse en el procedimiento sino, simplemente, una pérdida de posibilidades procesales, sin reflejo en las cargas y posibilidades del demandante, que mantiene la carga de la prueba matizada con los principios complementarios de normalidad, facilidad probatoria y flexibilidad en la interpretación de las normas de la prueba.

En cuanto a los tipos, podemos encontrar:

(i) La rebeldía por convicción, quien no comparece por estimar incompetente al tribunal.

(ii) La rebeldía a la fuerza —por falta de citación—, y,

(iii) La rebeldía por conveniencia, propia de quien, no obstante haber sido citado y emplazado en forma y conociendo la existencia del procedimiento, no acude ante el tribunal arbitral que le convoca.

En materia de arbitraje, la rebeldía tiene su expresión en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje española (LA), que viene a reproducir el esquema contenido en su homólogo 29 de la Ley Modelo UNCITRAL.

Así, si el demandado no se opone a la demanda arbitral, los árbitros continuarán el procedimiento y podrán dictar el correspondiente laudo, pero sin que la falta de comparecencia suponga allanamiento, de forma que en cualquier momento del procedimiento el demandado pueda personarse, toda vez que el tribunal arbitral deberá notificar al rebelde

todas las resoluciones que se dicten en el procedimiento, en especial las que se refieran a la práctica de la prueba y conclusiones.

La rebeldía del demandado no exonera a los árbitros de notificar el laudo que se dicte, de forma que el rebelde podrá ejercitar la acción de anulación frente al mismo, para el caso de que entienda que concurre algunos de los supuestos tasados en el artículo 41 LA.

Cuestión interesante sería la derivada de la ejecución del laudo, de forma que se puede denegar de oficio la ejecución del mismo, siempre y cuando el Juez aprecie que concurre, bien un supuesto de desconocimiento del procedimiento arbitral, bien un caso de incomparecencia por causas de fuerza mayor, y ello a través de una interpretación integradora del artículo 41.2 LC y de los artículos 552.1 y 559 de la LEC.

Instituto diferente a la rebeldía es el que contiene igualmente el artículo 31 LA, que prevé una situación de incomparecencia de la parte actora para el caso de que no interponga la demanda en el plazo concedido por los árbitros o en el pactado por las partes, de forma que el tribunal arbitral no podrá decretar la finalización del procedimiento ante esta omisión, sino que necesariamente deberá dar traslado al demandado a los efectos de que pueda ejercitar cualquier tipo de acción.

(Autor: Vicente Roldán,
abogado Socio de Antonia Magdaleno Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Cucarella Galiana, L.A. En *El Procedimiento Arbitral*, publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 2004. Cubillo López, I. «*Comentario al artículo 31*». En Hinojosa Segovia, R. (Coord.). «*Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*». En Grupo Difusión, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Ley aplicable al arbitraje. Procedimiento arbitral. Rebeldía por conveniencia.

Rebeldía por conveniencia

La «*rebeldía por conveniencia*» es una construcción jurisprudencial que se ha formado ante la posibilidad de que determinadas resoluciones arbitrales queden ineficaces al intentar ejecutarlas en una jurisdicción diferente a aquélla en que ha sido dictado el laudo.

De esta manera, ante la existencia de un procedimiento arbitral, normalmente internacional, en ciertas ocasiones puede ocurrir que una de las partes no desee verse inmersa en el proceso arbitral, temerosa de resultar condenada en el mismo. Para ello, dicha parte procesal, a pesar de haberse sometido en su momento a arbitraje, y de la existencia de un convenio arbitral válido, podría provocar su situación de rebeldía para intentar privar de eficacia al laudo que sea dictado, pues siempre sería un laudo dictado en un proceso arbitral en el que la parte que intenta provocar dicho defecto no ha intervenido, ni se ha defendido, ni ha propuesto prueba o efectuado alegaciones, manteniéndose al margen de toda actividad procesal.

Una vez provocada dicha situación de *indefensión*, la parte se opondría a la ejecución del laudo que fuera dictado en dichas circunstancias, alegando que el mismo se ha dictado encontrándose tal parte en situación de rebeldía (es decir, en situación de ausencia procesal) y que, por tanto, conculcaría el orden público.

Para evitar tales artimañas, se acude a la construcción jurisprudencial de la «*rebeldía por conveniencia*». Con arreglo a dicha doctrina se entiende que no existe indefensión de ninguna de las partes, si las mismas han tenido oportunidad de intervenir en el proceso arbitral, no haciéndolo a propósito, por lo que llegado el momento, el laudo dictado en tales condiciones puede ser ejecutado sin vulnerar el orden público del Estado donde debe ejecutarse. El mismo concepto puede perfectamente aplicarse a los arbitrajes de ámbito doméstico.

Se trata de un concepto íntimamente relacionado con los principios de audiencia y contradicción que deben presidir el proceso arbitral y que aparecen consagrados en el artículo 24 de la Ley española n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003 y en el artículo 18 de la Ley Modelo UNCITRAL.

El artículo V del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, en su apartado 1.b), recoge, como motivo por el que un tribunal de *exequatur* puede denegar el reconocimiento y ejecución del laudo extranjero, el hecho de que «la parte contra la cual se invoca la sentencia arbitral no ha sido debidamente notificada de la designación del árbitro o del procedimiento de arbitraje o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus medios de defensa». En este sentido, véase el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 (artículo 954: «Si no estuviere en ninguno de los casos de que hablan los tres artículos que anteceden, las ejecutorias tendrán fuerza en España si reúnen las circunstancias siguientes: 2) Que no haya sido dictada en rebeldía).

Mediante una utilización torticera y abusiva de los principios esenciales mencionados (igualdad, defensa y contradicción), así como de las garantías que protegen frente a la ejecución de un laudo extranjero proveniente de un arbitraje en que no hayan sido respetados tales principios, una de las partes en un arbitraje podría, mediante su actitud pasiva o renuente en las comunicaciones y notificaciones remitidas por el órgano arbitral, provocar una situación de rebeldía o ausencia en el proceso arbitral. Ello, en estricta aplicación de tales principios y garantías, supondría la imposibilidad material de reconocer y ejecutar un el laudo dictado.

De esta manera, acudiendo a dicho recurso, una persona que se ha sometido válidamente a arbitraje podría impedir la eficacia del resultado del mismo, con tan solo evitar recoger comunicaciones y notificaciones del órgano arbitral, para que cuando se intentase su ejecución, alegar que se le ha provocado indefensión.

Para remediar semejante abuso de derecho, los tribunales han configurado la doctrina de la «rebeldía por conveniencia», en virtud de la cual,

los Tribunales de Justicia reconocen la validez y la eficacia de los laudos dictados en procesos arbitrales en los que las partes han sido emplazadas y notificadas en forma y, a pesar de ello, no acuden a la llamada del árbitro. Así, desde el famoso Auto del Tribunal Supremo de fecha 11 de febrero de 1981 (seguido por otros muchos posteriores, *v.gr.* 19 de noviembre de 1996, 27 de mayo de 1997, 27 de octubre de 1998, 1 de febrero de 2000, etc.), no cabe la indefensión provocada por la parte para evitar sustraerse al proceso arbitral convenido.

La doctrina se encuentra en la actualidad perfectamente asentada, vedando la indefensión no sólo en el supuesto estricto de rechazo de comunicaciones, sino en una pluralidad de casos donde no existe una indefensión real y efectiva, sino que únicamente se da la desidia o desinterés de la parte en seguir el proceso pactado para evitar la eficacia final del laudo. A título de ejemplo, podemos citar algún caso resuelto por los tribunales, como cuando se alega indefensión por el idioma sin que se haya ni siquiera puesto en conocimiento del tribunal y solicitado la traducción de las comunicaciones (Auto Tribunal Supremo de fecha 8 de febrero de 2000), o cuando la sociedad a la que se notifica el inicio de actuaciones no es la misma que ha sido demandada, pero es una «sociedad gemela» distinta sólo en apariencia, con lo que se entiende recibida la notificación (Auto del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 1998).

En conclusión, hasta hace pocas décadas, la postura de los tribunales españoles era contraria a reconocer la validez y eficacia de laudos extranjeros dictados sin la presencia de una de las partes, de modo tal que la abstención del proceso arbitral, voluntaria y conscientemente provocada por una de las partes, equivalía en la práctica a dejar sin efecto el convenio arbitral, cuando el laudo debía ejecutarse en España. El remedio a dicha conducta que podría llegar a desvirtuar el arbitraje es la mencionada doctrina.

(Autor: Jorge Mas Taladriz.
Davies Arnold Cooper Abogados, Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Lorca Navarrete. *«Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003 de 23 de diciembre*». Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2004. Motilla. *«La intervención judicial en el arbitraje*». Madrid: Ed. Thomson-Cívitas, 2007. González Soria (Coordinador). *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre.* Madrid: Ed. Thomson-Aranzadi, 2004. Merino Merchán y Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral.* Madrid: Ed. Thomson-Cívitas, 2008. Verger Grau. «La rebeldía en el arbitraje». *Anuario de Justicia Alternativa,* febrero del 2001.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo. Notificaciones. Ejecución del laudo. *Exequatur*. Orden público. Ley más favorable en la ejecución de laudo. Inejecutabilidad del laudo. Convenio de Nueva York de 1958.

Rebus sic Stantibus (cláusula o principio de)

Con el aforismo latino *rebus sic stantibus* se hace referencia a un remedio jurídico por medio del cual se permite la revisión o, incluso, extinción de la relación obligatoria cuando se produce un cambio extraordinario de las circunstancias atinentes al contrato, provocando la desaparición o ruptura de la equivalencia de las prestaciones. Se configura como una excepción a la regla general que se consagra en el aforismo *pacta sunt servanda*, que aboga por la protección y mantenimiento de los contratos, mediante el respeto o vinculación a lo firmado por las partes.

Por mor del mismo, se entiende que en todos los contratos que tienen tracto sucesivo o que dependen de un hecho futuro, existe una voluntad implícita de las partes, que subordina la continuación de la vinculación contractual al mantenimiento del *statu quo.* Que existe una cláusula implícita con arreglo a la cual el contrato obliga mientras las cosas continúen así (*rebus sic stantibus*).

Con carácter general, en todos aquellos tiempos en que la coyuntura económica es cambiante o escasamente estable, uno de los problemas que más ha preocupado a la doctrina consiste en determinar la influencia que ejerce en la vida de un contrato o de una relación obligatoria

una modificación sobrevenida de las circunstancias que las partes habían tenido en cuenta, expresa o implícitamente, como necesarias para su desarrollo y para alcanzar el fin por ellas perseguido. Parece claro que, al menos en ciertos casos, una incondicionada fidelidad al contrato puede conducir a unas consecuencias que claramente aparecen como injustas.

Por esta razón, la doctrina ha tratado de resolver la cuestión intentando una serie de construcciones teóricas. Este fenómeno ha sido reconocido por varios sistemas legales bajo la forma de otros conceptos como *frustation of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, «imprevisión», *excesiva onerositá sopravvenuta*, etc. También en el ámbito del comercio internacional con el término *hardship*, ampliamente reconocido como evidencia de la cada vez más frecuente inclusión en los contratos internacionales de las llamadas «*cláusulas hardship*». En definitiva, son muchos los ejemplos de las teorías que en los distintos ordenamientos jurídicos, y bajo distintos nombres, se han ocupado del mismo problema: la necesidad de revisión de los contratos cuando se produce un cambio extraordinario de las circunstancias.

Esta doctrina, que desempeñó un papel importante hasta finales del siglo XVIII, cayó sin embargo en descrédito, sin que fuera recogida en los códigos del siglo XIX. A finales del siglo XIX la teoría vuelve a renacer con fuerza y hoy en día existen varios ordenamientos jurídicos en los que la cuestión del cambio de circunstancias ha sido objeto de legislación expresa, tales como el Italiano, Ruso, Griego, Suizo, Polaco, Húngaro, Alemán, Brasileño o Argentino. Mientras que en la mayoría, como ocurre en España, la configuración de la doctrina del cambio de circunstancias a través de la cláusula *rebus sic stantibus* sigue siendo jurisprudencial.

Junto a las configuraciones internas que cada país hace de la cuestión, merece especial atención, por el alcance de su aplicación, la regulación que de la cuestión se contiene en los Principios sobre los Contratos

Comerciales Internacionales de UNIDROIT (Roma, 2004) y en los Principios del Derecho Europeo de los Contratos. En ambos casos, se reconoce que el principio de cumplimiento de los contratos no es absoluto.

Dispone el artículo 6.2.1 de los principios UNIDROIT que «cuando el cumplimiento de un contrato llega a ser más oneroso para una de las partes, esa parte permanece obligada, no obstante, a cumplir sus obligaciones salvo lo previsto en las siguientes disposiciones sobre «excesiva onerosidad» *(hardship)*.

Y el artículo 6.111 de los Principios Europeos del Derecho de Contratos dispone que «las partes tienen la obligación de negociar una adaptación de dicho contrato o de poner final al mismo si el cumplimiento de los contratos resulta excesivamente gravoso debido a un cambio de circunstancias».

Por lo que al fundamento o justificación de la citada teoría se refiere, debe señalarse que son dos las cuestiones que subyacen en la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus* (en sus distintas acepciones), por un lado, la buena fe y la equidad, y, por otro, la causa de los contratos y la equivalencia de prestaciones que debe existir en el mismo.

La *rebus sic stantibus* impone una aplicación equitativa del Derecho. Se entiende que existe un deber de comportamiento de buena fe en la vida jurídica y, en particular, en el desenvolvimiento de las relaciones obligatorias, que debe configurarse como criterio de interpretación y norma supletoria para la resolución de conflictos que puedan surgir en el devenir de dichas relaciones obligatorias.

Y junto al principio general de la buena fe, y en íntima y necesaria conexión con el mismo, subyace a la doctrina de la *rebus sic stantibus* (en sus distintas acepciones) el convencimiento de que la desaparición del equilibrio de las prestaciones que debe tener toda relación contractual

impide exigir a los contratantes el cumplimiento de las obligaciones asumidas o, al menos, hacerlo en los términos en que las mismas fueron inicialmente pactadas.

Pero, ni todo contrato es susceptible de ser modificado por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, ni toda alteración sobrevenida de las circunstancias justifica la modificación de un contrato. Del análisis de las regulaciones internas, tanto de los códigos, allí donde los hay, como de la jurisprudencia, allí donde la formulación de la teoría es jurisprudencial, puede establecerse que, con carácter general, la aplicación de la citada teoría exige la verificación de ciertos requisitos: (i) que se trate de una relación de tracto sucesivo, (ii) que la relación se encuentre pendiente de ejecución en todo o en parte, (iii) que se produzca una alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato, en relación con las concurrentes en el momento de su celebración, (iv) que la misma provoque la ruptura del equilibrio de las prestaciones, y (v) que tales circunstancias sean radicalmente imprevisibles.

Por su parte, los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, se ocupan de regular los requisitos que permiten entender que nos encontramos ante un caso de «excesiva onerosidad» o «*hardship*» que permite la modificación o resolución de un contrato. Al respecto establecen que (i) debemos estar ante un cambio de circunstancias que haya sobrevenido en un momento posterior a la conclusión de los Contratos, (ii) que, en términos razonables, las mismas no hubieran podio preverse ni se hubiera podido tener en cuenta el cambio en el momento de contratar, y (iii) que a la parte afectada no se le pueda exigir que cargue con el riesgo del cambio de circunstancias.

Y, por su parte, el artículo 6.2.2 de los Principios UNIDROIT establece que los eventos o circunstancias que provocan la pérdida de equilibrio de las prestaciones (i) suceden o son conocidos por la parte en desventaja después de la celebración de los Contratos, (ii) no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el

momento de celebrarse el contrato, y (iii) el riesgo no fue asumido por la parte en desventaja.

Finalmente, por lo que concierne a los efectos que la «cláusula *rebus sic stantibus*» debe producir en las relaciones obligatorias, debe señalarse que, puesto que la *rebus* se configura como una excepción al principio *pacta sunt servanda*, del mismo modo que su aplicación por los tribunales (arbitrales y judiciales) se realiza de manera cautelosa, también son prudentes los tribunales a la hora de fijar los efectos de los mismos, optando por la preservación de los contratos allí donde sea posible. Se aprecia, pues, una tendencia a conceder a la *rebus* efectos modificativos, sin excluir los resolutorios como tales.

Aunque parezca mejor solución, no siempre será posible proceder a una adaptación de los Contratos a las nuevas circunstancias, y en tales supuestos deberá optarse por la resolución de los Contratos. En definitiva, es un análisis que indefectiblemente debe hacerse caso por caso.

Interesa destacar que tanto los Principios UNIDROIT como los Principios Europeos de Derecho de los Contratos imponen a los contratantes un deber de negociar de buena fe para tratar de adaptar los Contratos a las nuevas circunstancias, quedando facultados para solicitar al juez o al árbitro la resolución de los Contratos cuando dicha negociación quede frustrada.

(Autora: Margarita Soto Moya. Abogada. Garrigues, Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: *Pacta sunt Servanda*. Claúsula de Fuerza mayor. Cláusula *Hardship*. Buena fe. Derecho Aplicable al Fondo. Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales. UNIDROIT.

BIBLIOGRAFÍA: Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*. Madrid: Ed. Thomson-Cívitas, 2008. Amunategui Rodríguez, Cristina. *La Cláusula Rebus sic Stantibus.* Barcelona: Tirant lo Blanch, 2003. Brunner, Christoph. Force Majeure and Hardship under General Contract Principles: Exemption for Non-Performance in International Arbitration. La Haya: Ed. Kluwer Law International, 2008.

Chapter 5. Maskow D. «*Hardship and Force Majeure*». 40 Am. J. Comp. L., 1992. Douko, A. «Hardship in Contract: the approach of the UNIDROIT Principles and Legal Developments in Russia». *Revue de Droit Uniforme,* 2003-2004.

VOCABLOS CONEXOS: Conflicto de leyes. Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional. *Pacta sunt servanda*. Principios generales del Derecho.

Reclamaciones de naturaleza contractual (ver «*Contract Claims*»)

Reclamaciones de naturaleza contractual y reclamaciones conforme al tratado (ver «*Contract Claims vs. Treaty Claims*»)

Reconocimiento de laudo extranjero (ver «*Exequatur*»)

Reconvención

La reconvención constituye una de las posibilidades de defensa del demandado, que ante la formulación de pretensiones en su contra a través de la demanda, no sólo decide oponerse a las mismas, formulando las alegaciones oportunas en la contestación a la demanda, sino que decide adoptar una posición activa y ejercitar pretensiones contra el demandante originario.

La reconvención implica una acumulación objetiva de acciones en un mismo procedimiento, teniendo su fundamento en el principio de economía procesal.

En el ámbito de las legislaciones nacionales, en España, la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, que sigue en este aspecto la Ley

Modelo sobre Arbitraje Comercial Internacional de la CNUDMI, regula la reconvención sólo indirectamente. No obstante, tanto la LA como la LM al regular las reglas de interpretación de la ley hacen referencia expresa a la reconvención. Así, el artículo 4 c) LA, siguiendo el artículo 2 f) LM, establece que «Cuando una disposición de esta Ley: […] Se refiera a la demanda, se aplicará también a la reconvención, y cuando se refiera a la contestación, se aplicará asimismo a la contestación a esa reconvención, excepto en los casos previstos en el párrafo a) del artículo 31 y en el párrafo a) del apartado 2 del artículo 38». Ambas exclusiones son plenamente lógicas en la medida que ordenan poner fin al proceso arbitral ya sea por la no interposición de la demanda en plazo o porque el demandante desiste de la demanda. El desistimiento del actor reconvincente no puede tener nunca este efecto al existir una demanda originaria. Sin embargo, obsérvese que el artículo 31 a) LA reconoce implícitamente la posibilidad de reconvenir o de ejercitar acciones de forma cruzada al establecer como excepción a la finalización de las actuaciones que el demandado manifieste su voluntad de ejercitar alguna pretensión.

Tomando como referencia la legislación arbitral española, en el arbitraje, salvo pacto en contrario por las partes, no rigen los estrictos presupuestos de formulación de la reconvención exigidos por la Ley de Enjuiciamiento Civil, sino que el procedimiento, basado en el principio de autonomía de la voluntad de las partes y con los únicos límites establecidos por el artículo 24 LA y demás normas imperativas, se configura de una manera mucho más flexible que en los procesos judiciales. La formulación de la reconvención y de la contestación a la reconvención, deberá ajustarse a lo previsto en el apartado primero del artículo 29 LA en el que se destacan dos aspectos.

Por un lado, las partes deberán alegar los hechos en que fundan sus pretensiones dentro del plazo por ellas convenido o determinado por los árbitros. Si se pone en relación con el artículo 31.1 LA, parece deducirse que el plazo tendrá carácter preclusivo. Esta afirmación debe ser matizada en atención al contenido del apartado segundo del artículo 29 LA, así

como también del principio de autonomía de la voluntad de las partes que en el ámbito procedimental se reconoce en el artículo 25 LA. Este principio se manifiesta en el hecho de que las partes son libres para acordar una regla distinta. En su defecto, los árbitros también podrán decidir sobre el procedimiento a seguir para efectuar alegaciones. Esta flexibilización de la regla que se establece en el apartado primero del artículo 29 LA viene también refrendada por el contenido del apartado segundo del mismo artículo que permite a las partes modificar y ampliar la demanda y la contestación y por lo tanto, también la reconvención y la contestación a la reconvención, en cualquier momento de las actuaciones arbitrales salvo que los árbitros consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiera hecho. Deberá operar el principio de buena fe.

Por otro lado, con la demanda y la contestación, o la reconvención y la contestación a la reconvención, podrán acompañarse los documentos que se estimen oportunos asó como hacer referencia a otros documentos o pruebas que vaya a presentar o proponer. La aportación documental y la proposición de prueba no se configura de forma preclusiva. Aún así no debe olvidarse que en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes, éstas podrían pactar que así fuera e incluso los árbitros podrían determinar los términos en los que éstos deben aportarse.

Si bien, como se ha dicho, en el arbitraje la formulación de pretensiones y entre ellas la formulación de la reconvención, no sigue los requisitos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sí que queda sometida a otros límites que derivan precisamente de la naturaleza y regulación de la propia institución del arbitraje.

Una de las cuestiones que se generan es si es necesario que las pretensiones que se formulan a través de la reconvención entren en el ámbito del mismo convenio arbitral. La respuesta debe ser, con carácter general, afirmativa. La jurisdicción de los árbitros y la propia existencia de un proceso arbitral viene determinada por el contenido del convenio arbitral. Éste delimita el marco en el que puede celebrarse el arbitraje,

por lo que la formulación de reconvención respecto de una pretensión que no quede incluida dentro del ámbito del convenio aun cuando se refiera a una misma relación jurídica, debe excluirse del arbitraje por falta de competencia de los árbitros. Tampoco debe perderse de vista que en el arbitraje rige el principio de autonomía de la voluntad de las partes. Consecuencia de esta libertad de pacto el artículo 9.5 LA prevé una única posibilidad de sumisión tácita al arbitraje indicando que «se considerará que hay convenio arbitral cuando de un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia sea afirmada por una parte y no negada por la otra».

Cuestión distinta, aunque recibe la misma respuesta, es si es posible reconvenir respecto de aquellas pretensiones que puedan derivar de otra relación jurídica sujeta a otro convenio arbitral aunque celebrada entre las mismas partes. Los límites relativos a la conexidad de relaciones jurídicas establecidos por la LEC para poder acumular objetivamente distintas acciones e incluso procesos, no rigen en el arbitraje en cuanto, salvo pacto de las partes, la LEC no es de aplicación subsidiaria. Al contrario, el principio de autonomía de la voluntad de las partes debe permitir que si ambas están conformes, ya sea de forma expresa o tácita, con acumular distintas pretensiones en un mismo proceso, aun cuando éstas deriven de diferentes relaciones jurídicas, ello sea posible.

Asimismo, la formulación de reconvención contra terceros no demandantes podrá admitirse en los mismos términos en los que se permita la extensión de los efectos del convenio arbitral a terceros no parte del mismo, y siempre y cuando las pretensiones de la reconvención guarden relación con las pretensiones de la demanda principal.

En el ámbito del arbitraje internacional deberá estarse en todo caso a la legislación arbitral aplicable.

(Autora: Dra. Núria Mallandrich Miret. Profesora de Derecho Procesal. Universitat de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Cordsón Moreno, F. *El arbitraje de derecho privado.* Navarra: Thomson-Cívitas, 2005; Cucarella Galiana, L.A. *El procedimiento arbitral.* Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004; Merino Mechán y Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral.* Navarra: Thomson-Cívitas, 2006, 3.ª Ed.

VOCABLOS CONEXOS: Alegaciones. Acumulación de pretensiones. Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral.

Recursos internos (Agotamiento de)

Término que se utiliza para designar la obligación de recurrir y utilizar todos los remedios legales disponibles en la jurisdicción interna del Estado infractor, con anterioridad a la presentación de reclamaciones en la esfera internacional. La regla fue definida por la Comisión de Arbitraje constituida en el *Asunto Ambatielos* (Grecia c. Reino Unido, fallo arbitral de 1955), la cual expresó: «(la regla) significa que el Estado en contra del cual una acción se ejercita por daños sufridos por individuos privados tiene el derecho de oponerse a tal acción si la persona que alega el perjuicio no ha agotado previamente todos los remedios legales disponibles en el derecho municipal de este Estado. El Estado demandado tiene el derecho de requerir que todos los remedios locales hayan sido utilizados por completo…». En otras palabras, los procedimientos y recursos (judiciales y administrativos) de la jurisdicción interna deben haberse interpuesto y agotado de acuerdo a los principios del derecho internacional generalmente reconocidos.

En cuanto a la naturaleza de la regla, la misma encuentra el fundamento de su obligatoriedad en la costumbre internacional. Así lo ha establecido la Corte Internacional de Justicia en el *Asunto Interhandel* (Suiza c. Estados Unidos de América-Objeciones Preliminares, sentencia de 21 de marzo de 1959), confirmado que la norma del agotamiento de los recursos internos antes de la iniciación de procedimientos internacionales constituye una regla bien establecida de Derecho Internacional consuetudinario.

El recurso a los remedios de la jurisdicción interna tiene sus antecedentes en el Derecho Internacional clásico, en el marco de la protección diplomática, por medio de la cual el Estado interviene en defensa de sus nacionales (individuos o personas jurídicas) haciendo suyas las reclamaciones de los mismos en contra de terceros Estados, una vez que éstos han agotado los recursos de la jurisdicción interna, momento en el que surgiría la responsabilidad internacional del Estado infractor.

La práctica internacional ha elevado la regla del agotamiento de los recursos internos a la categoría de principio consagrado por el Derecho Internacional consuetudinario, el cual indica que antes de que un Estado pueda perseguir, o «abrazar», la reclamación de uno de sus nacionales, la parte perjudicada deberá demostrar que ha agotado los recursos internos en el Estado en cuestión. La vigencia del principio se ha visto reforzada en la sentencia de la C.I.J. en el *Asunto Elettronica Sicula* (Estados Unidos c. Italia, sentencia de 20 de julio de 1989), en la cual la Corte reafirmó la obligatoriedad de agotar los recursos internos, a menos que exista una excepción tácita o explícita, como en el supuesto de las dispensas otorgadas mediante cláusulas escritas en los tratados de inversión (APPRIs).

Para que dicha regla pueda ser aplicable, es necesario que los recursos internos disponibles sean adecuados y efectivos. En ese sentido, la jurisprudencia internacional ha establecido como criterios de valoración del cumplimiento de la regla: la eficacia de los recursos interpuestos, el tiempo que implican y los obstáculos puestos por el propio Estado. Si no ha habido agotamiento de los recursos internos, el Estado demandado puede presentar una excepción preliminar, a fin de que se resuelva primero sobre la procedencia o no del acceso a la instancia internacional y luego sobre el fondo de la controversia. Si dichos recursos no han sido adecuados o efectivos, el demandante puede alegar la dispensa o excepción de la regla.

En general, se estima que la dispensa de la regla puede concederse cuando:

a. No se encuentran disponibles en la legislación interna del Estado en cuestión los debidos procesos legales para subsanar la violación del derecho.

b. No se haya permitido al presunto damnificado el acceso a los recursos de la jurisdicción interna, o se haya impedido su agotamiento.

c. Haya retardo injustificado en la decisión sobre los recursos interpuestos.

En esos casos, agrupados bajo la denominación genérica de *denegación de justicia*, se excepciona el cumplimiento de la regla (*waiver of the rule*), correspondiendo al Estado demandado la carga de la prueba acerca de la disponibilidad y eficacia de los remedios internos.

Ahora bien, la evolución de la práctica internacional, en cuanto a la aplicación de la regla, ha generado la coexistencia en el Derecho Internacional de dos regímenes diversos en cuanto a la interpretación de su alcance y efectos.

En primer lugar, y en el ámbito del Derecho Internacional de los derechos humanos, la regla del agotamiento de los recursos internos se sigue aplicando en su sentido tradicional y constituye un requisito de admisibilidad para presentar una petición ante órganos internacionales. Las excepciones a la regla se encuentran determinadas por los tratados que regulan el acceso a la instancia internacional, como es el caso, por ejemplo, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (artículo 46 de la Convención Americana de Derechos Humanos). Por lo general, el requisito del previo agotamiento de los recursos disponibles en la jurisdicción nacional sólo se excepciona cuando concurre alguna de las circunstancias descritas anteriormente, caso contrario, se desestima la reclamación.

En segundo lugar y, en materia arbitral, el agotamiento de los recursos internos no siempre constituye un requisito previo para acceder a la

instancia internacional. En la práctica, los diversos convenios internacionales contienen cláusulas en las cuales se establece si es necesario o no recurrir a los recursos internos, previamente a someter la controversia a arbitraje internacional. Así, los modelos de cláusulas propuestas por el CIADI (*ICSID Model Clauses Document)* prevén las dos soluciones. Como puede observarse, la autonomía de la voluntad juega, aquí, un rol más importante y, en la mayoría de los casos, se acuerda que transcurrido un plazo desde que tuvieron lugar los actos que dan origen a la controversia, la misma se puede sin más someter a arbitraje.

En la práctica arbitral, nos encontramos con tres modos diversos de aplicar la regla del agotamiento de los recursos internos.

Un primer supuesto lo constituye lo que podría denominarse como aplicación tradicional o estricta de la regla. Así, la segunda parte del artículo 26 del Convenio del CIADI permite a los Estados contratantes requerir el cumplimiento de la regla de agotamiento de los recursos internos, en otros términos, «exigir el agotamiento previo de sus vías administrativas o judiciales, como condición a su consentimiento al arbitraje conforme a este Convenio». Si un Estado lo requiere, podría incluirse una cláusula en los siguientes términos: «Antes de que cualquiera de las partes inicie un procedimiento de arbitraje al amparo del Convenio con relación a una diferencia determinada, dicha parte deberá haber tomado todas las medidas necesarias a fin de agotar los [siguientes] recursos [administrativos] [y] [judiciales] disponibles con arreglo a la legislación del Estado Receptor respecto de esa diferencia [lista de los recursos que deben agotarse], a menos que la otra parte renuncie por escrito a esa condición» (Cláusula 13 de los Modelos de Cláusulas del CIADI).

Por otro lado, y como segundo supuesto de aplicación de la regla, nos encontramos con la dispensa del cumplimiento del requisito de incoar los recursos judiciales y administrativos disponibles en la jurisdicción interna. Este tipo de dispensas son comunes en las cláusulas de los con-

venios bilaterales de protección de inversiones (APPRIs). En ese sentido, es necesario destacar que, de acuerdo al Convenio del CIADI, la regla general contenida en la primera parte del artículo 26 establece que el consentimiento de las partes de llevar la controversia a arbitraje implica que no es necesario el agotamiento de los recursos internos (a menos que se indique lo contrario). En palabras literales del Convenio del CIADI, éste dispone que «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». De este modo, se invierte la regla tradicional: *la norma es la no aplicación de la regla del agotamiento de los recursos internos antes de recurrir al arbitraje*». No obstante esta disposición, las partes contratantes podrían acordarlo de manera diferente, introduciendo una cláusula que indique lo contrario. Un ejemplo de dicha estipulación en contrario se encuentra en la Cláusula 12 de los Modelos de Cláusulas del CIADI: «El consentimiento a la jurisdicción del Centro que consta en mención de una cláusula básica pertinente no impedirá a ninguna de las partes de este acuerdo valerse del siguiente recurso posible: identificación de otro tipo de procedimiento». Mientras este otro procedimiento esté pendiente no podrá iniciarse ningún procedimiento de arbitraje conforme al Convenio».

Finalmente, y en un tercer supuesto, estaríamos ante la adopción de un criterio intermedio, es decir, las controversias pueden ser sometidas a arbitraje internacional con independencia de que los recursos internos hayan sido incoados o se hayan agotado, lo que implicaría, *prima facie*, que los procedimientos pueden proseguir en paralelo. Sería el caso del Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN/NAFTA en sus siglas en inglés), que faculta a un inversor contendiente para iniciar o continuar con los procedimientos relativos a la medida en cuestión ante cualquier tribunal administrativo o judicial del país de la parte demandada, de conformidad con sus leyes. Sin perjuicio de lo anterior, un inversor contendiente puede eventualmente recurrir a un arbitraje internacional. Sólo cuando se

presenta una reclamación conforme al artículo 1120, existe el requisito de la renuncia.

(Autora: María Belén Olmos Giupponi. Profesora de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Adler, M.H. The Exhaustion of the Local Remedies Rule after the International Court of Justice's Decision in ELSI. *International and Comparative Law Quarterly (ICLQ)* 39 (1990), pp. 641-653. Álvarez Ávila, G. Las Características del Arbitraje CIADI. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*. México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, vol. 2, 2002, pp. 205-229. Amerasinghe, C.F. *Local remedies in International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004, 2nd Ed. Bishop, R.D., Crawford, J. and W.M. Reisman. *Foreign Investment Disputes — Cases, Materials and Commentary*. La Haya: Kluwer, 2005. CIADI (ICSID), *Model Clauses Document*. Publications ICSID, disponible en formato electrónico en http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/model-clauses-en/main-eng.htm (Consultado por última vez el 11/08/2010). CIADI, Caso n.º ARB/97/7, *Emilio Agustín Maffezini c/ El Reino de España*, Decisión del Tribunal sobre las Excepciones a la Jurisdicción de fecha 25 de enero de 2000, (2001) 15 Review-Foreign Investment Law Journal 212, pp. 1-38. C.I.J., Interhandel Case (Switzerland vs. United Status of America-Preliminary objections), sentencia de 21 de marzo de 1959, I.C.J. Reports, 1959, p. 27. C.I.J., Case Concerning Elttronica Sicula SpA (United States of America vs. Italy) («ELSI»), sentencia de 20 de julio de 1989, I.C.J. Reports, 1989, p. 15. Díez de Velasco Vallejo, M. Instituciones de Derecho Internacional Público. Madrid: Tecnos, 2009. Faúndez Ledesma, H. «El agotamiento de los recursos internos en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos». *Revista IIDH,* vol. 46 (junio-diciembre 2007), pp. 41-120. Fernández Rozas, J.C. *Tratado del arbitraje comercial en América Latina*. Madrid: Ed. Iustel, 2008. Winnie. Parallel Proceedings and International Commercial Arbitration: The International Law Association's Recommendations for Arbitrators. *Contemporary Asia Arbitration Journal* 2 (1), 2009, pp. 49-82. Schreuer, Ch. *The ICSID Convention: A Commentary*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001. United Nations, The Ambatielos Claim, *Report of International Arbitral Awards*, 6 March 1956, vol. XII, pp. 83-153. Van Harten, G.M./Loughlin. «Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law». *European Journal of International Law (EJIL)*, vol. 17, n.º 1, 2006, pp. 121-150.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje internacional. Arbitraje de inversiones. Excepciones preliminares. Principios de Derecho Internacional. Protección diplomática.

Recusación del árbitro

La recusación de un árbitro es la demanda que presente una de las partes que un árbitro sea excluido del tribunal arbitral.

La recusación se distingue de la abstención de un árbitro, en la cual es el árbitro mismo quien renuncia voluntariamente a dirimir la controversia.

1. Motivos de recusación

La demanda de recusación suele estar fundada en una alegación de falta de imparcialidad o independencia del árbitro, por sus vínculos con el litigio o con una de las partes o su abogado.

Esta alegación de falta de imparcialidad o independencia puede estar basado en hechos revelados por el árbitro en aplicación de su deber de revelación o, al contrario, por hechos que el árbitro ha omitido revelar pero que la parte conoce.

Por ejemplo, el artículo 17 apartado tercero de la Ley Española de Arbitraje, basado en la Ley Modelo UNCITRAL, dispone de manera muy clásica que «Un árbitro sólo podrá ser recusado si concurren en él circunstancias que den lugar a dudas justificadas sobre su imparcialidad o independencia, o si no posee las cualificaciones convenidas por las partes. Una parte sólo podrá recusar al árbitro nombrado por ella, o en cuyo nombramiento haya participado, por causas de las que haya tenido conocimiento después de su designación».

2. El procedimiento de recusación

De manera general, el procedimiento de recusación depende de lo que han acordado las partes. La casi totalidad de las leyes de arbitraje prevén que si las partes se han sometido al reglamento de arbitraje de una institución arbitral, como por ejemplo la CCI, el procedimiento de recusación estipulado por este reglamento será aplicable.

Las decisiones de las instituciones arbitrales en materia de recusación son decisiones puramente administrativas que no tienen *res judicata*. Por lo tanto, una decisión que rechaza la recusación no puede ser el objeto de un recurso ante los tribunales estatales. Será únicamente el objeto de un control indirecto a la hora de un recurso en anulación contra el laudo o del *exequatur*.

A falta de acuerdo de las partes sobre el procedimiento de recusación, las partes deberán seguir el procedimiento previsto por la ley aplicable al procedimiento arbitral, es decir, en principio la legislación arbitral de la sede del arbitraje.

La gran mayoría de las leyes nacionales prevén la intervención del juez de apoyo para decidir la demanda de recusación. Una parte puede recurrir al juez de apoyo o bien directamente (por ejemplo, en Bélgica, Francia, Holanda, Inglaterra, Italia, o Suiza) o bien únicamente después de que los árbitros se hayan pronunciado negativamente sobre la demanda de recusación (por ejemplo, en Alemania o Suecia o en la Ley Modelo UNCITRAL).

La decisión del juez de apoyo no suele ser apelable. Según el derecho aplicable, la parte recusante cuya demanda es rechazada por el juez de apoyo podrá posteriormente invocar, en un recurso de anulación contra el laudo, los argumentos de falta de imparcialidad o independencia sobre los cuales ha basado la recusación (como en Suiza) o, al contrario, se considerará que el juez de apoyo ha decidido la cuestión de manera definitiva (como parece ser el caso en Francia).

En cuanto a la ley española, prevé que corresponde a los árbitros decidir la demanda de recusación (artículo 18, apartado segundo) y no abre recurso contra una decisión negativa ante el juez de apoyo (el artículo 8 no incluye la recusación en las funciones de apoyo). La parte recusante sólo podrá hacer valer los motivos de recusación al impugnar el laudo.

En el arbitraje de inversión administrado bajo del Convenio de Washington (CIADI), la decisión sobre recusación también pertenece a los otros miembros del tribunal arbitral (artículo 58). En caso de discrepancia, decide el presidente.

3. Plazo para recusar

La gran mayoría de las leyes y reglamentos de arbitraje prevén un plazo relativamente corto para formular la demanda de recusación. Por ejemplo, la ley española prevé un plazo de 15 días a partir de la aceptación por el árbitro de su nombramiento o del conocimiento de las circunstancias que puedan dar lugar a dudas acerca de la imparcialidad o independencia del árbitro. El reglamento CCI o el Derecho francés prevén un plazo de 30 días. La ley suiza no prevé plazo determinado pero indica que la causa de recusación debe ser notificada sin demora. En regla general, la parte que omite interponer una demanda de recusación en el plazo previsto pierde tanto el derecho de recusar al árbitro como el de invocar ulteriormente estos hechos para impugnar el laudo.

(Autores: Anne-Carole Cremades, Schellenberg Wittmer, Ginebra. Jorge Luis Collantes. Universidad Internacional de Cataluña. Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Poudret & Besson. *Comparative Law of International Arbitration*. Thomson Sweet Maxwell, 2007, pp. 345-362.

VOCABLOS CONEXOS. Imparcialidad. Independencia. Abstención del árbitro. Deber de declaración.

Reenvío

Es la obligación de aplicar el Derecho del Estado indicado por las normas de Derecho Internacional Privado del foro, incluyendo las normas de Derecho Internacional Privado de ese mismo Estado. De este modo, si un procedimiento judicial está teniendo lugar en España, donde,

hipotéticamente, el *renvoi* existe y donde la norma de conflicto indica que se ha de aplicar el Derecho inglés, el juez español tendría que comprobar si dicho Derecho inglés, incluyendo sus normas de Derecho Internacional Privado, pide la aplicación del Derecho de un tercer Estado (reenvío de segundo grado). Si el Derecho Internacional Privado del Estado señalado por la norma de conflicto indica la aplicación de la ley del foro, se estará ante un reenvío de retorno. Hoy en día, por lo menos en el ámbito de los contratos, el *renvoi* suele estar prohibido por las normas de Derecho Internacional Privado de origen interno o internacional.

(Autor: Nicolás Zambrana Tévar/
Profesor de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Fernández Rozas, J.C. y Sánchez Lorenzo. *Derecho Internacional Privado*. Navarra: Cívitas, 2009. 5.ª Ed. Calvo Caravaca, A.L. y J. Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, Granada: Comares, 2009-2010, 10.ª Ed.

VOCABLOS CONEXOS: Conflicto de leyes. Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional.

Reglamento arbitral (Reglamento de arbitraje)

Toda norma escrita dictada por una institución arbitral y conjunto de normas que regulan la forma en que debe designarse al árbitro único y/o tribunal arbitral y llevarse a cabo el arbitraje.

La práctica arbitral cambia a medida que se crean nuevas leyes y procedimientos, tanto en el ámbito nacional como en el internacional. Es importante que los reglamentos de las instituciones arbitrales se modifiquen, a efectos de reflejar estos cambios en lugar de quedarse estancados en el tiempo. Es difícil realizar un arbitraje efectivo y moderno con arreglo a un reglamento concebido para otra época. Las partes tienen

derecho a esperar que el reglamento institucional sea revisado y modificado y, de ser necesario, que lo sea en forma periódica.

Las instituciones arbitrales poseen reglas y procedimientos preestablecidos, elaboradas con esmero y perfeccionadas con la experiencia. En el arbitraje institucional, por tanto, basta la simple referencia al reglamento de la institución, sin necesidad de que las partes deban negociar los detalles del procedimiento. Por tanto, las partes que acuerdan someter las controversias a arbitraje con arreglo al reglamento de una institución determinada, incorporan efectivamente el reglamento de esta institución a su acuerdo de arbitraje.

Cada institución arbitral tiende a contar con su propio reglamento; ello no obstante, los reglamentos de arbitraje prevén, en general, los siguientes elementos, para el caso de desacuerdo o falta de previsión de las partes o árbitros:

- Sede y lugar del arbitraje;
- Idioma del arbitraje;
- Notificaciones y comunicaciones;
- Cómputo de plazos;
- Procedimiento de designación de árbitros, nombramiento y/o confirmación;
- Requisitos que han de cumplir los árbitros;
- Procedimiento de recusación, remoción y sustitución de los árbitros;
- Declaración de independencia e imparcialidad;
- Medidas cautelares y provisionales;
- Principios del procedimiento arbitral;

- Forma y contenido de la solicitud de arbitraje y de la contestación a la misma:
- Forma y contenido de la demanda de arbitraje y de la contestación y reconvención:
- Pruebas, audiencias y conclusiones;
- Plazo para dictar el laudo y su prórroga; y
- Tarifa de honorarios de los árbitros y derechos de administración de la institución arbitral.

Por lo general, cada institución arbitral cuenta también con su propia cláusula arbitral tipo, lo cual garantiza la validez y eficacia del convenio, al soler utilizar las partes uno de estos modelos cuando se pretende recurrir al arbitraje institucional.

La incorporación automática de un reglamento es una de las principales ventajas del arbitraje institucional, sobre todo en materia de designación de árbitros, honorarios de árbitros y derechos de administración y laudo.

En cuanto a la designación del árbitro único y/o constitución del tribunal arbitral, las instituciones arbitrales regulan, a través de sus reglamentos, sistemas de designación de árbitros que evitan dilaciones cuando las partes no se ponen de acuerdo en las personas a designar, evitando tener que acudir a los tribunales para que procedan a su nombramiento. Asimismo, se impide la paralización o retraso del procedimiento por mala fe o negligencia de las partes o del árbitro, al prever sistemas de sustitución de este último en supuestos de incapacidad, negligencia, renuncia o similares.

En cuanto a los honorarios de árbitros y derechos de administración, se evitan de igual modo problemas de carácter financiero, pues los reglamentos arbitrales regulan el cálculo de los honorarios exigiendo el pago de los mismos por adelantado.

En cuanto al laudo, son muchas las instituciones arbitrales que ya regulan en sus reglamentos la revisión previa del mismo (formal, no en cuanto al fondo), antes de su emisión. Esta revisión sirve como medida de control de calidad, reduciendo el riesgo de impugnación. La institución arbitral no comenta el fondo del laudo ni interfiere de modo alguno en la decisión del tribunal arbitral, sino que se cerciora de que el tribunal haya resuelto todas las cuestiones sometidas a su consideración y de que el laudo incluya algunos puntos (que a veces se pasan por alto) como los intereses y las costas.

Para concluir podemos decir que los reglamentos de arbitraje sirven para prever y proveer sobre las diferentes situaciones que pueden darse durante la tramitación de un procedimiento arbitral, o como regla supletoria al acuerdo de las partes o a la decisión de los árbitros.

(Autora: María Arias Navarro. Letrada de la Corte Española de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Redfern, A.H., M. Hunter, N. Blackaby y C. Partasides. *«Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional»*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006. García de Enterría, Eduardo y Tomás-Ramón Fernández. Navarra: Thomson-Cívitas. *Curso de Derecho Administrativo I*, 2006.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje institucional. Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional. Costas del procedimiento arbitral.

Reglamento (CE) n.° 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia

El Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia, es una norma comunitaria europea aprobada con el objetivo de dotar de una mayor eficacia y efectividad a los procedimientos de insolvencia con repercusiones transfronterizas dentro del territorio de la Unión Europea, a través de

la adopción de una serie de disposiciones comunes y directamente aplicables en los Estados miembros, sobre competencia judicial, reconocimiento de resoluciones y Derecho aplicable, en el ámbito de este tipo de procedimientos.

A pesar de que el Reglamento n.º 1346/2000 no contiene ninguna referencia al arbitraje, sí que contiene normas de conflicto que determinan qué Derecho regulará el efecto de la apertura de los procedimientos de insolvencia sobre diferentes situaciones jurídicas, entre ellas sobre los contratos y sobre los procedimientos en curso, por lo que serán de interés en relación con el arbitraje, dada la naturaleza contractual del convenio arbitral y la configuración del propio arbitraje como un procedimiento.

Y es que los diferentes Derechos nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, en materia de insolvencia, establecen diferentes efectos de la declaración de insolvencia sobre contratos y procedimientos. Así, el Derecho polaco establece que la apertura de un procedimiento de insolvencia privará de efectos al convenio arbitral y provocará la terminación inmediata de los procedimientos arbitrales en los que la concursada sea parte; el Derecho español establece que la declaración de concurso suspenderá el efecto del convenio arbitral, si bien los procedimientos arbitrales en tramitación continuarán su curso hasta dictarse el laudo; el Derecho francés y el del Reino Unido exigen que el juez que tramita el procedimiento de insolvencia apruebe el inicio de un nuevo procedimiento arbitral; mientras que tanto en el Derecho británico como en el italiano, los administradores de la insolvencia tienen la potestad de anular el convenio arbitral.

Por lo tanto, un arbitraje internacional puede verse afectado de formas muy diferentes en función de qué Derecho regule el efecto de la declaración de insolvencia de una de las partes.

El artículo 4.2.e) del Reglamento n.º 1346/2000 regula el efecto de la apertura del procedimiento de insolvencia sobre los contratos:

«La Ley del Estado de apertura [del procedimiento de insolvencia] determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia. Dicha Ley determinará en particular:
(...)
e) los efectos del procedimiento de insolvencia sobre los contratos en vigor en los que el deudor sea parte».

Por su parte, los artículos 4.2.f) y 15 del Reglamento n.º 1346/2000 determinan el efecto de la apertura de la insolvencia sobre los procedimientos no iniciados y los procedimientos en curso:

Artículo 4.2.f):

«La Ley del Estado de apertura [del procedimiento de insolvencia] determinará las condiciones de apertura, desarrollo y terminación del procedimiento de insolvencia. Dicha Ley determinará en particular:
f) los efectos de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre las ejecuciones individuales con excepción de los procesos en curso;».

Artículo 15:

«Los efectos del procedimiento de insolvencia con respecto a otros procedimientos en curso en relación con un bien o un derecho de la masa se regirán exclusivamente por la Ley del Estado miembro en el que esté en curso dicho procedimiento».

Por lo tanto, estas reglas establecerán qué derecho será el relevante para determinar el impacto de la apertura de un procedimiento de insolvencia sobre un convenio arbitral, o sobre un procedimiento arbitral. Así, el Derecho del Estado donde se desarrolle el procedimiento de insolvencia decidirá el efecto que su apertura tendrá sobre el convenio arbitral y sobre los procedimientos no en curso; sin embargo, el efecto de la apertura de la insolvencia sobre un procedimiento arbitral en curso será definido por el Derecho de la sede del arbitraje.

Estas normas han planteado ciertos problemas de aplicación. Así, en el caso de un arbitraje en curso, parece existir una antinomia entre las soluciones ofrecidas, ya que el Reglamento remitiría, por una parte, al Derecho del Estado del concurso, en relación con la suerte del convenio arbitral; mientras, por otra, al Derecho de la sede en relación con el efecto sobre los procedimientos en curso.

Siguiendo a algunos autores, principalmente franceses, cabría concluir que no existe tal antinomia, ya que el convenio arbitral sería un contrato de naturaleza procesal, lo que excluiría la aplicación de la regla prevista para los contratos (el artículo 4.2.e) del Reglamento). En consecuencia, el arbitraje debería seguir únicamente la regla establecida para los procedimientos, en virtud de los artículos 4.1.f) y 15 del Reglamento.

Sin embargo, la *High Court of Justice, Queen's Bench Division, Commercial Court* de Londres alcanzó una solución diferente en su sentencia de 2 de octubre de 2008, en el caso *Josef Syska and Elektrim SA (In Administration) vs. Vivendi Universal SA and others [2008] EWHC 2155 (Comm)*. En aquel asunto se discutía el efecto que, sobre un arbitraje que se había desarrollado en Londres, tenía la apertura en Polonia de un procedimiento de insolvencia, en relación con una de las partes del arbitraje. Mientras el artículo 4.2.e) del Reglamento n.º 1346/2000 remitiría al Derecho del lugar del procedimiento de insolvencia (Polonia), para determinar el efecto de la apertura de la insolvencia sobre el convenio arbitral, lo que implicaría su pérdida de validez, el artículo 15 del Reglamento n.º 1346/2000 remitiría al Derecho de la sede (Inglaterra y Gales), para determinar el efecto de la insolvencia sobre el procedimiento, lo que implicaría su continuación.

El Juez Clarke, citando extensivamente los comentarios al Reglamento de los Profesores Virgós y Garcimartín, concluyó que mientras el convenio arbitral permanezca inactivo y no se haya iniciado sobre él un arbitraje, la naturaleza contractual primaría sobre la procesal, y la nor-

ma de conflicto a aplicar debía ser la contenida en el artículo 4.2.e) del Reglamento, que remitiría al Derecho del lugar donde se tramite la insolvencia; sin embargo, una vez que el procedimiento arbitral se hubiera iniciado, primaría la naturaleza procedimental, por lo que aplicaría la regla del artículo 15 del Reglamento y su remisión al Derecho de la sede del arbitraje. Por ello, y puesto que el arbitraje ya se encontraba en curso en el momento en que se abrió el procedimiento de insolvencia, sus efectos vendrían determinados por la ley inglesa. Esta sentencia fue confirmada por la *Court of Appeal* en 2009.

La interpretación referida anteriormente fue confirmada también por el Tribunal de Apelación de Varsovia que en 2009, y sobre la base de la aplicación de la regla del artículo 15 del Reglamento n.º 1346/2000, anuló una decisión del Juez de Distrito de Varsovia que denegaba el reconocimiento del laudo dictado en Londres. El Juez de Distrito de Varsovia había considerado que el artículo 15 del Reglamento no se refería a los procedimientos arbitrales y que el Derecho polaco de insolvencia tenía el efecto de privar a la parte insolvente de su capacidad para ser parte en un arbitraje, lo que permitía denegar el reconocimiento del laudo extranjero en virtud del artículo V(1)(a) de la Convención de Nueva York.

(Autor: Alejandro López Ortiz. Abogado, Hogan Lovells International LLP).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Heredia Cervantes, I. *Arbitraje y concurso internacional*. Navarra: Cívitas, 2008; Mourre, A. «Arbitraje y Derecho Concursal: Reflexiones sobre el papel del juez y del árbitro». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 2007, pp. 227-240; Virgos Soriano M. y F.J. Garcímartín Alférez. *Comentario al Reglamento Europeo de Insolvencia*. Navarra: Cívitas, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje concursal. Convenio arbitral. Reglamento Comunitario n.º 44/2001.

Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil

El Reglamento CE n.º 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, también llamado Reglamento *Bruselas I*, determina en su artículo 1 el ámbito de aplicación del mismo, y excluye específicamente el arbitraje en el punto d) del citado artículo. Así, el arbitraje comunitario está excluido del Reglamento de Bruselas I y habrá de regirse, tanto para reconocimiento y ejecución de laudos en arbitraje comunitario como internacional, por la *Convención sobre Reconocimiento y Ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras de Nueva York de 1958*.

Así lo dice la norma comunitaria y así seguiría siendo si no fuera porque los asuntos C-190/89 *Marc Rich & Co. AG contra Societá Italiana Impianti PA* y C-391/95 *Van Uden vs. Deco-Line*, dieron lugar a dos sentencias del TJCE poco claras en sus criterios, que indujeron más bien a una reinterpretación del Reglamento n.º 44/2001. En efecto, ambas sentencias, de fecha 25/07/1991 y 17/11/1998, respectivamente, distinguen los procedimientos de aplicación de un arbitraje, excluidos de los Convenios de Bruselas, de Lugano y del Reglamento Bruselas I, y los procedimientos de apoyo de un arbitraje, incluidos en los citados textos.

La sentencia relativa al asunto C-190/89 *Marc Rich & Co. AG contra Societá Italiana Impianti PA*, plantea como un procedimiento de aplicación aquél que tenga por objeto la designación judicial de un árbitro, lo cual no es del ámbito del Reglamento n.º 44/2001, exclusión que nunca pareció dudosa.

Sin embargo, al ser comprendida en el ámbito material del Convenio de Bruselas la cuestión planteada en el asunto C-391/95 *Van Uden vs. Deco-Line*, aunque sea así sometida en un procedimiento de arbitraje, es un procedimiento de apoyo de un arbitraje y está incluida en los Convenios de Bruselas y de Lugano, y en el Reglamento CE n.º 44/2001.

Criterios de tan poca claridad, emitidos por el TJCE, obligan a los tribunales nacionales a una interpretación casuística del Reglamento n.º 44/2001.

Posteriormente, la sentencia del TJCE en el asunto C-185/07 *Allianz SpA, Generali Assicurazioni Generali SpA contra West Tankers Inc.*, da un paso más adelante al otorgar competencia exclusiva al tribunal del lugar donde se plantee la cuestión relativa a la validez del convenio arbitral, por más que este tribunal no sea el tribunal del lugar del arbitraje. Ello hace derivar dos consecuencias relevantes: *primo*, pasa a incluir el arbitraje en el ámbito de aplicación del Reglamento n.º 44/2001, y *secundo*, la solución alcanzada favorece estrategias procesales en contra del arbitraje (ver infra, las observaciones realizadas en su propuesta a la reforma del Reglamento n.º 44/2001 por el Club Español de Arbitraje y la Sección Española de la *International Law Association*).

Al tiempo que se emitía la sentencia relativa al asunto C-185/07 *West Tankers Inc.*, se habían llevado a cabo estudios sobre dicha materia en el Informe sobre la Aplicación de la Regulación del Bruselas I en los Estados Miembros, o '*Report on the Application of Regulation Brussels I in the Membrer States*' y del 'Estudio sobre Jurisdicción Residual', o *'Study on Residual Jurisdiction*', que conforman el actual *Heidelbert Report* o Libro Verde de 21 de abril de 2009, de la Comisión de las Comunidades Europeas sobre la revisión del Reglamento CE n.º 44/2001.

El *'Study on Residual Jurisdiction'* aborda la cuestión relativa a las competencias residuales en el ámbito comunitario, es decir, las normas del ordenamiento jurídico de fuente interna que se aplican cuando el de-

mandado no tiene residencia habitual en un Estado miembro de la U.E. El Reglamento n.º 44/2001, cuando no son aplicables sus normas de competencia judicial internacional para determinar el juez competente para conocer de un asunto, recurre a las fuentes de competencia judicial de cada ordenamiento interno, que en las propias palabras del Bruselas I resulta: «Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro». Dicho estudio busca así comparar, en vista de una posible armonización, estas competencias residuales, pero no aborda específicamente un estudio comparado de los fueros de competencia judicial internacional relativos a las funciones de apoyo y control del arbitraje.

A sensu contrario, el Libro Verde pone de manifiesto las carencias del sistema civil comunitario en relación al arbitraje, y plantea por vez primera una serie de propuestas de modificación del Reglamento Bruselas I para regular determinadas cuestiones conexas al arbitraje, planteando incluir así el reconocimiento y la ejecución de laudos arbitrales intracomunitarios.

En este sentido, el Libro Verde propone suprimir la exclusión del arbitraje del Reglamento y adaptar el Reglamento de tal forma que sus disposiciones le sean aplicables, creando así un nuevo instrumento comunitario de Reconocimiento y Ejecución de laudos arbitrales. Con ello se estaría estableciendo un control judicial residual de los laudos arbitrales intracomunitarios, con la peculiaridad de que dicho reconocimiento mutuo ya no requeriría del procedimiento de *exequatur*, que se vería suprimido totalmente, pretendiendo concentrar, ante los órganos jurisdiccionales del lugar del arbitraje, el control del laudo. Este futuro instrumento está directamente inspirado del Reglamento n.º 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se crea un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados, en cuya virtud, quien no solicita la nulidad del laudo en el Estado de

origen pudiendo hacerlo, no merece una segunda oportunidad en el Estado donde el laudo desplegará su eficacia.

Dicha propuesta (*Vid*. Prof. Miguel Gómez Jene) pretende eliminar uno de los dos filtros tradicionales del laudo arbitral, la anulación y/o *exequatur*, sin verse en ello obstáculo o inconveniente alguno. En efecto, al fijar la sede del arbitraje en un Estado miembro, ya se estará asegurando un título ejecutable en todos los demás Estados miembros. Y el actual problema existente sobre la ejecución de laudos anulados en el Estado de origen, al recabar sobre el Estado del lugar de ejecución el posible reconocimiento, quedará subsanado, pues tan sólo se acudirá al *exequatur* de aquellos laudos arbitrales anulados en su Estado de origen, y dichos procedimientos de *exequatur* recaerán sobre este mismo Estado en el que se dictó el laudo arbitral, evitando así la ejecución en otro Estado miembro de laudos anulados en el Estado de origen.

Aquella propuesta también es coherente con el arbitraje internacional, donde las partes deciden del nivel de control que tendrá su controversia, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes.

El Libro Verde dio lugar a opiniones y planteamos varios que se encuentran recogidos en http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/news_consulting_0002_en.htm. Se abrió así una consulta a los interesados sobre posibles mejoras en la aplicación del Reglamento. Hemos destacado la propuesta del Club Español de Arbitraje (CEA) y la Sección Española de la International Law Association (ILA SE), quienes formularon unas observaciones interesantes, dando lugar también a una propuesta más favorable.

Así, se destacó en dicha propuesta el papel fundamental de la Convención de Nueva York de 1958 sobre Reconocimiento y Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras y se hizo hincapié sobre la especial exclusión del arbitraje en el Reglamento n.º 44/2001. Sin embargo, aparecen incluidos en él las materias relativas a «las medidas cautelares

en apoyo de un arbitraje cuando su objeto se refiere a una cuestión comprendida en su ámbito de aplicación (Sentencia TJCE de 17/11/1998, asunto C-391/95 'Van Uden')» y «la cuestión previa relativa a la aplicabilidad de un convenio arbitral, inclusive su validez, si el objeto del procedimiento está comprendido en el Reglamento (Sentencia TJCE de 10/02/2009, asunto C-185/07 'West Tankers')».

Como bien lo destaca la propia propuesta, las medidas cautelares no suscitan especiales problemas de relación, pues todas las legislaciones modernas de arbitraje contemplan la posibilidad de pedir medidas cautelares a los tribunales de justicia, en apoyo de procedimientos de arbitraje. Véanse a título de ejemplo el propio artículo 23.2 sobre Medidas cautelares y provisionales de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI. La competencia para la adopción de medidas cautelares en auxilio del arbitraje, si tales medidas se refieren a una cuestión comprendida en el ámbito de aplicación material del Convenio de Bruselas, se vería reflejada en el artículo 24 del Reglamento de Bruselas I, entrando con ello a abordar y resolver la duda no resuelta en el *Study on Residual Jurisdiction*.

En cambio, el incluir en el ámbito material del reglamento las cuestiones sobre la aplicabilidad o validez de un determinado convenio arbitral, sometidas al juez nacional, abre una puerta a estrategias procesales en vista de frustrar la vía arbitral pactada en el contrato, pues las normas sobre litispendencia del Reglamento dan prioridad al primer tribunal que conoció del asunto, como fue el caso en el asunto *West Tankers*, donde mientras las partes habían pactado una solución arbitral de sus controversias, una de las partes consiguió plantear el litigio ante los tribunales de justicia y con ello frustrar las ventajas de la sumisión a arbitraje.

Los conflictos de jurisdicción y procedimientos paralelos, como bien lo concluye la propuesta en esta cuestión, creados a raíz de la sentencia del TJCE en el asunto *West Tankers* ponen de manifiesto la

necesidad de revisar el Reglamento, para evitar que se convierta en un poderoso instrumento de *forum shopping* y dilaciones en la solución de disputas.

En efecto, la propuesta hecha por el Libro Verde de suprimir la exclusión del arbitraje del Reglamento, además de «implicar un interfaz entre el arbitraje y la jurisdicción diferente de la que siguen varios países miembros», pues la primacía del pacto de arbitraje se vería probablemente alterada, junto con el papel de revisión o «*second look*» de los tribunales de justicia en el ámbito del arbitraje actual, favorecería el *forum shopping* al incluir el arbitraje en un Reglamento que al día de hoy no ha sido capaz de hacer respetar los acuerdos de elección de foro (*vid.,* pp. 5 y 6 del Libro Verde).

Por todo ello, el CEA y el ILA SE entraron en su propuesta a plantear la siguiente acertada solución: la de desarrollar la exclusión del arbitraje del Reglamento para con ello evitar los efectos perversos de la situación actual, de modo que el Reglamento no sea utilizado como instrumento para interferir en el arbitraje. La solución abordada se basa en la solución hallada en el artículo 23.3 del Reglamento sobre los acuerdos de elección de foro, cuando ninguna de las partes está domiciliada en la Unión Europea, que dice:

«Cuando ninguna de las partes que hubieren celebrado un acuerdo de este tipo estuviere domiciliada en un Estado miembro, los tribunales de los demás Estados miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal o los tribunales designados hubiesen declinado su competencia».

Así, el Reglamento aseguraría, ante la existencia de un convenio arbitral en favor de un arbitraje con sede en un Estado miembro, que los tribunales judiciales de los demás Estados miembros se abstuvieran de conocer del litigio, inclusive la cuestión relativa a la inexistencia, nulidad o caducidad del acuerdo arbitral, hasta que el tribunal arbitral hubiera resuelto, bien no conocer del litigio, bien dictar un laudo sobre el fon-

do que no sea susceptible de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro en cuestión (*vid.,* punto 11 de la propuesta).

Como bien señala el informe, esta posibilidad guarda un paralelismo importante con el Convenio de Nueva York de 1958, por permitir jugar con normas más favorables y minimizar los conflictos y estrategias procesales obstaculizadoras o destructivas. Y las condiciones de eficacia del convenio arbitral deberán de ser al menos las del artículo II de la Convención de Nueva York, actualizando esta última frente a las nuevas tecnologías, pudiendo además con ello permitir que un Estado miembro aplique una doctrina más favorable, sobre la base de su propio derecho nacional. Con dichas peculiaridades, la excepción del arbitraje del Reglamento no se convertiría en un obstáculo a las diferentes tradiciones nacionales y su evolución.

La propuesta así concluida por el CEA y ILA SE se articularía, dentro del artículo 1.2 del Reglamento n.º 44/2001 como sigue:

«Respecto de los acuerdos de arbitraje. Cuando las partes hubieren celebrado un acuerdo por escrito sometiendo sus disputas a un arbitraje con sede en un Estado miembro, los tribunales de los demás Estados miembros sólo podrán conocer del litigio cuando el tribunal arbitral hubiere declinado su competencia o haya dictado un laudo sobre el fondo que no sea susceptible de reconocimiento y ejecución en el Estado miembro a cuyos tribunales judiciales se haya acudido y que serían competentes para conocer sobre el fondo conforme a este Reglamento».

La propuesta articulada plantea también la inclusión de una cláusula de escape que operaría en casos excepcionales, de modo que cuando el tribunal estatal encuentrara motivos suficientemente graves para desviarse de esta norma, podría hacerlo, proponiendo el siguiente articulado: «Esta regla no será de aplicación cuando dar efecto al acuerdo de arbitraje conduciría a una manifiesta injusticia o sería manifiestamente contrario al orden público del Estado del tribunal al que se ha acudido».

Pero si la fórmula encontrada para impedir que se menoscabe la eficacia del convenio arbitral ha sido el impedir que cualquier tribunal de un Estado miembro que no sea el de la sede principal pueda interpretar el alcance del mismo, la cláusula de escape sobra aquí, porque abre las puertas a excepciones dejadas al juicio de cada tribunal nacional y añadiría obstáculos que se pretenden evitar y se logran evitar con la excepción sola.

En conclusión, sin entrar en los perjuicios propios de quienes conciben el arbitraje internacional desde una u otra perspectiva, las diferentes propuestas relativas a una modificación del Reglamento n.º 44/2001 buscan fomentar, apoyar y controlar el arbitraje intracomunitario, bien con su inclusión, bien con su exclusión del Reglamento Bruselas I.

Tendremos que esperar al nuevo texto reglamentario para considerar la posibilidad de un control único del laudo arbitral en sede judicial, la posibilidad del reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales intracomunitario dentro de la U.E. y para entrar a analizar los efectos relativos a la litispendencia o conexidad de la posible inclusión del arbitraje en el Reglamento.

Hasta entonces. la jurisprudencia en los asuntos citados *supra*, así como las sentencias venideras del TJCE, habrán de tenerse en cuenta a la hora de interpretar el actual Reglamento Bruselas I, o los convenios de Bruselas y Lugano, en materias de arbitraje intracomunitario.

(Autora: María Eduviges Pontigo Drabs/Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona/Abogada comunitaria. Barreau de Bruxelles).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Gómez Gene. «Propuestas de Inclusión del arbitraje en el Reglamento n.º 44/2001» del Prof. Miguel. Cuaderno de Derecho transnacional. Marzo 2010, vol. 2, n.º 1, pp. 339-358. Arenas García. «La inclusión progresiva del arbitraje en el Reglamento n.º44/2001: de Van Uden a West Tankers y sus consecuencias» (2010); de él mismo «El ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968». Memoria de Investigación. Universidad de Oviedo, 1992, pp. 48-52, sobre la interpretación de la exclusión del arbitraje en

relación a los litigios afectados por una cláusula compromisora en los que hubiese un tribunal estatal. Hess, Pfeiter, Schlosser. «*The Brussels I Regulation n.º 44/2001. Application and Enforcement in the UE*». Munich C.H. Beck, 2008 (Study JLS/C4/2005/03). Hess. «*Europäisches Zivilprozessrecht*». Heidelberg: C.F. Müller, 2010, pp. 258-560. Nuyts. «Study on Residual Jurisdiction» (Study LJS/C4/2005/07-30-CE). Larenz. *Metodología de la ciencia del derecho*». Barcelona: Ariel, 1966, pp. 254-271.

VOCABLOS CONEXOS: Asistencia judicial (en el ámbito arbitral). Convenio arbitral. Medidas cautelares/preliminares. Sede del arbitraje.

Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI puede decirse que es uno de los textos de la UNCITRAL que más éxito ha tenido, superando, incluso, las previsiones de sus redactores. En el Preámbulo del Reglamento se señalan sus objetivos: «el establecimiento de normas de arbitraje especial (más apropiadamente en inglés: *ad-hoc*) «para el arreglo de las controversias que surjan en el contexto de las relaciones comerciales internacionales».

Como se sabe, hay dos tipos de arbitraje: institucional o administrado, bajo la égida de una institución arbitral que se encarga de la administración del arbitraje, y el arbitraje *ad-hoc*. El éxito hoy en día del arbitraje institucional es indudable, en comparación con los arbitrajes *ad-hoc*. A grandes rasgos, el arbitraje *ad-hoc* está pensado para aquellas situaciones en que las partes quieren controlar totalmente el procedimiento arbitral. Por ello, resulta adecuado para litigios importantes, con abogados experimentados en arbitraje y en los que se quiere mantener la confidencialidad absoluta. Lo más llamativo del Reglamento frente a los arbitrajes institucionales es el sistema diseñado para el nombramiento de árbitros. Al no existir una institución administradora, las partes deben poder auxiliarse de un tercero, la denominada autoridad nominadora (persona o institución) encargada de realizar aquellas funciones del arbitraje que las partes por sí solas no quieren o no pueden realizar.

Por ejemplo, en materia de nombramiento de árbitros, si las partes no se ponen de acuerdo acerca del nombramiento, la autoridad nominadora será la encargada de hacerlo. Para ello, las partes han de ponerse de acuerdo en dicha autoridad, y si no lo hacen institucionalmente, conforme al Reglamento, esta misión está encomendada a la autoridad designadora, que recae en el Secretario General del Tribunal Permanente de Arbitraje de La Haya. Este Secretario se encargará de designar a la autoridad nominadora.

El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI no sólo se utiliza en arbitrajes *ad-hoc*, sino también en arbitrajes institucionales, por medio de la total o parcial inclusión del Reglamento de la CNUDMI en los vigentes Reglamentos de Arbitraje, o, incluso, sucede que algunos países lo incorporan como anexo a sus leyes de arbitraje, formando parte, pues, de la legislación nacional de un país (por ejemplo, en Nigeria).

Al mismo tiempo, la práctica arbitral demuestra que el Reglamento se usa tanto para disputas nacionales como internacionales.

Además, si se observa la influencia del Reglamento de Arbitraje en la Ley Modelo sobre arbitraje comercial internacional de 1985 (España es país Ley Modelo desde el año 2003), se puede concluir que algunos aspectos del Reglamento han pasado a formar parte de las leyes de arbitraje que se inspiran en la Ley Modelo. Es más, la Ley Modelo de Arbitraje no se limitó en todas las ocasiones a copiar simplemente al Reglamento, sino que en varios aspectos se muestra como una versión moderna del mismo. No sorprende, pues, que la mayoría de las instituciones de arbitraje sigan el lenguaje «mejorado» de la Ley Modelo de Arbitraje, incluso que esas mismas instituciones lo mejoren.

Otro de los aspectos importantes del Reglamento es su utilización en los casos de arbitrajes entre Estados e inversionistas. En la actualidad, las inversiones en países extranjeros por parte de un empresario de otro país suelen estar protegidas por Tratados de inversión, particularmente por

Tratados Bilaterales de Inversión (BIT's en inglés, APPRIs, en castellano). España, por ejemplo, tiene suscritos unos 60 BITs con diferentes paises, en los que se otorga al inversionista protección jurídica y garantías para su inversión, por las que puede reclamar frente al Estado inversor. En estos Tratados Bilaterales se prevé el arbitraje como fórmula de resolución de controversia. Jurídicamente las disposiciones sobre arbitraje del Tratado se conciben como una oferta de sometimiento a arbitraje, que realiza el Estado frente al inversionista; oferta que es aceptada por el inversionista cuando somete a arbitraje su disputa. Para ello, al inversionista se le ofrecen generalmente dos alternativas: bien arbitrar al amparo del Convenio de Washington, esto es, el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, abierto a la firma en Washington D.C. el 18 de marzo de 1965 o a un Tribunal de Arbitraje *Ad-Hoc* establecido según el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional de 1976. Lógicamente, en este ámbito el arbitraje conforme a las Reglas de la UNCITRAL se utiliza con frecuencia.

Igualmente, otro de los campos donde el Reglamento se está utilizando con éxito es en disputas de Derecho Internacional Público. Por ejemplo, disputas entre Estados por cuenta de delimitación de fronteras, ya sea territoriales o marítimas, daños y perjuicios causados por guerras, etc. En ocasiones, se utiliza un procedimiento específico que viene a ser el Reglamento de la UNCITRAL con modificaciones. Así, recientemente, el arbitraje resuelto entre Etiopía y Eritrea (por causa de su independencia de Etiopía en 1993) con ocasión de la guerra entre los dos países de finales 90 y primeros años de siglo XXI. El laudo de 17 agosto de este año 2009 resuelve definitivamente todas las reclamaciones entre las partes. Previamente, laudos parciales habían sido emitidos sobre prisioneros de guerra, fronteras, reclamaciones diplomáticas, pérdida de propiedad privada, reclamaciones de civiles, etc.

The Iran-United States Claims Tribunal es un tribunal especialmente creado por la crisis entre Irán y USA, originada por la detención de

52 ciudadanos estadounidenses en la embajada de los Estados Unidos de América, en Teherán, en noviembre de 1979, y que dio lugar a que los Estados Unidos de América, como represalia, tomara medidas económicas contra Irán (básicamente, Estados Unidos de América impidió cualquier movimiento de tipo financiero, lo que causó a su vez inumerables disputas comerciales entre empresas y Estados de la República de Irán y de los Estados Unidos de América, incluidas también disputas entre entidades bancarias de los dos países). Todas estas reclamaciones —incluso las ya empezadas ante tribunales estatales— se sometieron a arbitraje conforme al Reglamento de la UNCITRAL. Todavía finalizando las últimas disputas, cerca de 4,000 laudos han sido dictados por este tribunal especial.

Después de 30 años de vigencia del Reglamento de 1976, la CNUDMI decidió, en el año 2006, iniciar los trabajos de reforma del Reglamento, aprobándose el nuevo Reglamento en junio 2010. Aunque en esos años ha quedado demostrado el éxito del Reglamento, el arbitraje ha evolucionado de forma espectacular durante ese tiempo —tanto por razón de su utilización creciente, como por la evolución en el pensamiento jurídico—, lo que lleva a la necesidad de adoptar un nuevo Reglamento que tenga en cuenta los avances producidos en el arbitraje comercial internacional. Animado por la propuesta de uno de los padres del Reglamento de 1976, el profesor Peter Sanders, quien inició en la doctrina la idea de modificar las Reglas en varios trabajos doctrinales, la CNUDMI, y específicamente el Grupo de Trabajo II sobre Arbitraje y Conciliación, bajo la presidencia del delegado de Suiza, el señor Michael Schneider, inició los trabajos en la materia en la sesión correspondiente a septiembre del 2006, sobre la base de un trabajo previo encargado por la CNUDMI a los señores Jan Paulsson y Georgios Petrochilos, y bajo la pauta establecida por la Comisión al respecto: «no se debía alterar la estructura, el espíritu, ni el estilo del texto y se debía respetar su flexibilidad, en lugar de hacerlo más complejo».

Lógicamente el Grupo de Trabajo de la CNUDMI (GT) tuvo en cuenta, a la hora de modificar el Reglamento, tanto el texto de la Ley Modelo de Arbitraje de 1985, modificada en el año 2006, aunque se entendió que la armonización no debía ser automática, como los modernos Reglamentos de Arbitraje institucional, como los de la Cámara de Comercio Internacional, el Tribunal de Arbitraje Comercial Internacional de Londres y la Asociación Suiza del Arbitraje.

Aunque inicialmente el GT sobre arbitraje decidió concentrar sus esfuerzos en modificar el Reglamento teniendo en cuenta el arbitraje mercantil en general, referencias constantes fueron realizadas al arbitraje de inversiones. Y así, finalmente, tras la revisión de las Reglas desde esa perspectiva general, el Grupo decidió acometer la labor de redactar reglas específicas para el arbitraje de inversiones en un momento posterior.

El Reglamento fue modificado en junio del 2010, y se espera que reciba la aprobación definitiva por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas en torno al mes de noviembre de 2010.

Entre las modificaciones de interés destacan:

- La adecuación de todo el texto del Reglamento al arbitraje multiparte, así como a los litigios que no deriven de un contrato. Así, el Reglamento precisa que se trata de litigios que dimanan de una determinada relación jurídica contractual o no contractual.

- La modernización y adaptación del Reglamento a un entorno electrónico: por ejemplo, notificaciones vía electrónica, uso de la Videoconferencia para las audiencias, etc.

- Eliminación de ciertos vestigios históricos: la referencia al depósito del laudo (antiguo 32.7).

- Adaptación a la práctica real del arbitraje: así se ha eliminado la posibilidad que tenían los árbitros de solicitar un resumen a las partes, pues esto no se conformaba con la práctica real del arbitraje. Igualmente, se ha incluido la respuesta a la notificación al arbitraje. Conforme al Reglamento original, a la notificación del arbitraje sigue el escrito de demanda y, posteriormente, el de contestación a la demanda. Este esquema no parece conveniente perpetuarlo en el arbitraje internacional, ya que se estima que es necesario que el demandante conozca la primera reacción del demandado en torno al litigio, incluyendo las contrademandas que pudiera tener. Por ello, con acierto, se decidió incluir una disposición relativa a la contestación a la notificación del arbitraje, siguiendo lo que es el contenido de la propia notificación en su artículo 3, y conformando así el principio de trato igual a las partes, regla básica del reglamento y en coherencia con las reglas actuales del arbitraje comercial internacional.

La política que subyace es que tanto la notificación del arbitraje como su respuesta sean documentos breves que permitan a las partes establecer su posición inicial respecto del arbitraje. Tras ello, como he señalado, seguirán los escritos de demanda y contestación. Eso sí, el Reglamento preserva su inicial flexibilidad de permitir a las partes que consideren la notificación o la respuesta como su escrito de demanda o contestación.

Al mismo tiempo, ha aumentado el número de elementos, tanto obligatorios como opcionales, que deben incluirse en la notificación de arbitraje (y por ello también en la respuesta), con el objetivo de agilizar el procedimiento, evitando con posterioridad discusiones innecesarias en torno a ciertos elementos que pueden ahora ser anticipados. Por ejemplo, dentro de los elementos que ahora deberán figurar necesariamente están las propuestas en torno al lugar del arbitraje o el idioma del arbitraje. Por su parte, la respuesta ha considerado un elemento opcional que puede anticiparse en la respuesta: objeciones a la jurisdicción del tribunal arbitral.

- Nuevos cometidos para el Secretario de la PCA: se ha previsto otorgar un mayor papel a la PCA que podría, por ejemplo, ser autoridad nominadora si así lo deciden las partes.

(Autora: Pilar Perales Viscasillas. Catedrática de Derecho Mercantil. Universidad Carlos III de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Avenessian, A. *Iran-United States Claims Tribunals in Action* (1993); Aldrich, G. *The jurisprudence of the Iran-United States Claims Tribunal* (1996); Brower/Bruescchke. *The Iran-United States Claims Tribunal* (1998); Caron/Caplan/Pellonää. *The UNCITRAL Arbitration Rules. A Commentary.* Oxford University Press, 2006. Griffith, G. y A.D. Mitchelli. *Contractual dispute resolution in international trade: The UNCITRAL Arbitration Rules (1976) and the UNCITRAL Conciliation Rules (1980).* Melbourne: Melbourne Law School, 2007. *Legal studies research paper* n.º 217. pp. 184-199; Levine, J. *Current trends in international arbitral practice as reflected in the revision of the UNCITRAL Arbitration Rules. Transnational dispute management* 6:1. March 2009; Sanders, P. *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation* (2001); Van Hof, J. *Commentary on the UNCITRAL Arbitration Rules: The Application by the Iran-U.S. Claims Tribunals* (1991).

VOCABLOS CONEXOS: *American Arbitration Association* (AAA). Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje del Estado (Arbitraje en contratos públicos). Arbitraje institucional. Arbitraje de inversiones. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Reglamento y Reglas CIADI. Reglamento de Mecanismos Complementarios del CIADI. Reglamento Arbitral.

Reglamentos y Reglas del CIADI

Las disposiciones del Convenio CIADI fueron complementadas mediante el Reglamento y las Reglas adoptadas por el Consejo Administrativo del Centro, de conformidad con el artículo 6(1)(a)-(c) del Convenio de 1965, que incluyen el Reglamento Administrativo y Financiero, las Reglas Procesales Aplicables a la Iniciación de los Procedimientos de Conciliación y Arbitraje, las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Conciliación y las Reglas Procesales Aplicables a los Procedimientos de Arbitraje.

El 29 de septiembre de 2002, el Consejo Administrativo del Centro aprobó las enmiendas al Reglamento y las Reglas del CIADI, que entraron en vigor el 1 de enero de 2003.

(Autor: Domingo Bello Janeiro. Catedrático/U. de A Coruña).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de Inversiones. Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Reglas de Rotterdam

1. Introducción

Tras varios años de trabajos y deliberaciones de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL), el 11 de diciembre de 2008, la Asamblea General de dicho organismo acordó aprobar el Convenio de las Naciones Unidas sobre el Contrato de Transporte Internacional de Mercancías Total o Parcialmente Marítimo, conocido como las Reglas de Rotterdam (en adelante, RR). La entrada en vigor de dichas Reglas supondrá importantes cambios respecto del régimen jurídico actualmente aplicable al transporte internacional de mercancías por mar, bajo conocimiento de embarque, en su intento de desarrollar y modernizar las conocidas como Reglas de La Haya-Visby y las Reglas de Hamburgo, así como en la regulación de contratos de transporte internacional multimodal, donde la fase relevante es la marítima. La inclusión en este Diccionario del arbitraje regulado por las RR se justifica porque es un convenio internacional marítimo que regula expresamente el arbitraje en el ámbito de su objeto.

2. Ámbito de aplicación de las Reglas de Rotterdam

Las disposiciones establecidas en las RR sólo resultan aplicables a aquellos contratos de transporte de ámbito internacional, en el sentido establecido por las mismas. Las RR se aplicarían, con carácter necesario (con excepción de los contratos de volumen, cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 80 RR) cuando, bien el lugar de la recepción, o bien el de la entrega, o bien el puerto de carga o bien el de descarga, estuvieren situados en un Estado contratante. No obstante, estas Reglas no resultan de aplicación a los contratos de fletamento o a cualesquiera otros contratos de utilización de un buque. De ahí que, con carácter general, se establezca su aplicación a los transportes de línea regular (excluidas las relaciones nacidas al amparo de un contrato de fletamento o de utilización); no así a los transportes no regulares (excepto a aquellas relaciones que no deriven del contrato de fletamento o de utilización, sino de la emisión de un documento de transporte o cuando las partes, voluntariamente, hubieren acordado incorporar expresamente al contrato el régimen de las RR).

En todo caso, las disposiciones de las RR que establezcan exoneraciones o limitaciones de responsabilidad, resultarán aplicables con independencia de la naturaleza de la acción que se ejercitare contra el porteador, la parte ejecutante marítima, sus empleados o contra el capitán o miembros de la tripulación, al amparo de un hecho que, conforme a las citadas Reglas, sea generador de tal responsabilidad.

3. Elementos formales del contrato de transporte

Las RR establecen, con carácter general, la detallada regulación de los elementos formales en relación con el contrato de transporte y los documentos de transportes, considerándolos pruebas formales de distinta naturaleza. De un lado, el contrato de transporte, a los efectos de las RR, es aquél en virtud del cual el porteador, a cambio de un flete, se compromete al transporte total o parcialmente marítimo de mercan-

cías. Se establecen normas especiales respecto al denominado contrato de volumen, modalidad del contrato de transporte consistente en el compromiso de trasladar una determinada cantidad de mercancías en sucesivas expediciones que han de llevarse a cabo en el período acordado. De otro lado, el documento de transporte (negociable, no negociable o electrónico) sería aquél que, expedido al amparo de un contrato de transporte, acredite la recepción de las mercancías por el porteador o por una parte ejecutante, y constituye prueba o incorpora un contrato de transporte. Dicho documento ha de ajustarse al contenido referido en el artículo 36 RR; y, siendo negociable, podrá circular conforme a las normas previstas en el artículo 57 RR.

Dentro del régimen de responsabilidad del porteador, las RR regulan el plazo establecido para el ejercicio de las acciones, que es de caducidad, prorrogable por voluntad del reclamado, de dos años a contar desde la entrega de las mercancías o, a falta de entrega, desde la fecha en que deberían haber sido entregadas. El plazo para el ejercicio de la acción de repetición deberá determinarse conforme a la *lex fori* o será, en ausencia de disposición sobre esta materia, de noventa días a contar desde el pago de la reclamación o desde el emplazamiento respecto de la reclamación.

4. Arbitraje

Los capítulos 14 y 15 de las RR, relativos a jurisdicción y arbitraje, respectivamente, que regulan la resolución de controversias, sólo obligarán a los Estados contratantes que declaren expresamente que sus disposiciones serán obligatorias para ellos (artículos 74 y 78 RR). De conformidad con el artículo 66 de las RR, las acciones contra el porteador habrán de interponerse ante alguno de los siguientes tribunales: *a)* el del domicilio del porteador; *b)* el del lugar pactado para la recepción de las mercancías; *c)* el del lugar acordado para la entrega; *d)* el del lugar del puerto inicial de carga del buque; *e)* el del lugar del puerto final de descarga; *f)* el del lugar acordado por las partes en el contrato de transporte (con carácter no exclusivo); fuera de estos supuestos y de los previstos

en el Convenio de 1952, el embargo preventivo del buque no constituye un criterio atributivo de competencia internacional.

Conforme al artículo 67 RR, y con carácter previo al nacimiento de la controversia, sólo es válido el pacto de elección de foro exclusivo acordado en un contrato de volumen que designe de forma clara la exclusividad de un tribunal o tribunales competentes, y siempre que dicho pacto no constituya una condición general impuesta o que, siéndolo, hubiera sido expresamente aceptada. Además, este acuerdo de competencia exclusiva sólo vinculará a personas distintas de las partes originarias del contrato de transporte cuando se cumplan las condiciones previstas en el párrafo segundo del mencionado artículo 67 RR.

Similares disposiciones establece el artículo 75 RR, en relación con el lugar o sede del tribunal arbitral que haya de resolver, por acuerdo de las partes, la controversia. Sin embargo, y si bien se disponen las reglas conforme a las cuales un tercero que no es parte originaria de un contrato de volumen quedaría vinculado por el pacto compromisorio por lo que se refiere al lugar designado como sede del arbitraje, nada se señala sobre la vinculación de cualquier otro tercero al propio pacto compromisorio, con exclusión de la competencia de los jueces y tribunales.

No obstante lo anterior, las normas establecidas en materia de arbitraje no condicionan la validez de las cláusulas arbitrales incluidas en los transportes no regulares a los que resulten de aplicación las RR. Tampoco dichas normas afectarán a la eficacia del acuerdo arbitral que figura en un documento de transporte emitido al amparo de un contrato de fletamento, siempre que en el citado documento se identifique a las partes del contrato de fletamento y la fecha de dicho contrato, y se incorpore al documento de transporte, por remisión, el pacto compromisorio establecido en el contrato de fletamento.

5. Valoración del arbitraje regulado por las Reglas de Rotterdam

La posibilidad de celebrar el arbitraje en diferentes lugares puede reducir la seguridad que las partes pretenden sometiéndose al mismo. Los Estados parte que adopten el capítulo 15 RR pueden reunir o no los medios necesarios para celebrar con éxito el arbitraje, pueden contar o no con la especialización y experiencia necesarias en la resolución de controversias marítimas, e incluso carecer de un sistema judicial que respalde dichos procedimientos arbitrales.

El artículo 75.4.d) RR establece que una persona que no sea parte en el contrato de volumen sólo quedará vinculada por un acuerdo de arbitraje concertado con arreglo al párrafo 3 del artículo 75 RR cuando la ley aplicable prevea que dicha persona puede quedar obligada por el acuerdo de arbitraje. Este precepto implica que, potencialmente, los efectos del mismo serán distintos en función de que la cuestión sea considerada como derecho sustantivo aplicable al contrato, o como derecho procesal, lo que podrá conducir a problemas de aplicación.

Un sujeto que no sea parte en el contrato requerirá asesoramiento previo acerca de si está vinculado por la cláusula de arbitraje, lo que dependerá de cuál sea la ley que resulte aplicable. Todo ello puede depender de que resulte aplicable, bien la ley procesal, o bien la ley sustantiva reguladora del contrato.

El artículo 78 RR establece que la aplicación de los preceptos del capítulo 15 RR sólo obligará a los Estados contratantes que declaren, de conformidad con lo previsto en el artículo 91 RR, que sus normas serán obligatorias para ellos. De esta manera, repite la disposición de carácter optativo prevista en el artículo 74 RR, relativa al procedimiento judicial del capítulo 14 RR. Estas disposiciones sobre materia disponible para los Estados contenidas en las RR pueden quebrar la uniformidad perseguida por las mismas, con la consiguiente inseguridad de que puede suponer un obstáculo para el comercio internacional. En el caso de que

la mayoría de los Estados adoptaran las RR faltaría certidumbre sobre los foros arbitrales que están permitidos. Todo ello puede conducir a conflictos en materia de jurisdicción, con un considerable coste, en detrimento de la reclamación.

(Autora: Dra. Bárbara de la Vega Justribó, Profª. de Derecho Mercantil de la U. Carlos III de Madrid).

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA: Los trabajos sobre las Reglas de Rotterdam publicados por Illescas Ortiz, R. Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid, Presidente del Grupo de Trabajo III de UNCITRAL; Hooper, Ch.D. «Arbitration». *The Rotterdam Rules 2008, Commentary to the United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea*. The Netherlands: Kluwer Law International, 2010, pp. 321-330.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje marítimo. Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNICTRAL). Extensión a terceros de la cláusula arbitral.

Renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral

Bajo la rúbrica «renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral» se pretende hacer referencia a dos realidades de origen bien diferente, pero con una consecuencia común, cual es la imposibilidad para alguna o para ambas partes del arbitraje de ejercitar las acciones impugnatorias de la resolución arbitral previstas en el ordenamiento jurídico aplicable. Esta exclusión puede derivarse de la conducta desplegada por la parte a lo largo del procedimiento arbitral o tener un origen consensual; ambos fenómenos se describen a continuación.

1. La renuncia tácita a las facultades de impugnación

Con fundamento en los principios *pro arbitrale* y *perpetuatio arbitralis* y con el fin de evitar dilaciones improcedentes del arbitraje derivadas

del ejercicio abusivo de las acciones de impugnación del laudo, algunos ordenamientos, siguiendo la Ley Modelo de la CNUDMI, presumen la existencia de una renuncia al posterior ejercicio de tales acciones, en los casos en que la parte perjudicada por la infracción de una norma de naturaleza dispositiva no la hubiese denunciado en el plazo previsto o tan pronto como le hubiera sido posible.

Conforme al artículo 4 de la Ley Modelo de la CNUDMI «se considerará que la parte que prosiga el arbitraje conociendo que no se ha cumplido alguna disposición de la presente Ley de la que las partes puedan apartarse o algún requisito del acuerdo de arbitraje y no exprese su objeción a tal incumplimiento sin demora injustificada o, si se prevé un plazo para hacerlo, dentro de ese plazo, ha renunciado a su derecho a objetar». En similares términos se pronuncia el artículo 30 del Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, de 1976: «Se considerará que la parte que siga adelante con el arbitraje sabiendo que no se ha cumplido alguna disposición o requisito del presente Reglamento, sin expresar prontamente su objeción a tal incumplimiento, renuncia a su derecho de objetar».

Como se ha señalado, son varios los ordenamientos nacionales que, con base en la Ley Modelo, han regulado esta cuestión. Así, la Ley de Arbitraje española de 2003 (artículo 6); el Código Procesal Civil alemán, bajo la rúbrica «pérdida del derecho a objetar» (artículo 1027); la Ley de Arbitraje Voluntario n.º 31/86, de Portugal (artículo 27.2 en relación con el 27.1, b), para el supuesto concreto de incompetencia o irregularidad de la constitución del tribunal); el Código Procesal Civil austríaco (artículo 579); o la Ley de Arbitraje de Perú —Decreto Legislativo n.º 1071— (artículo 11). Sirva también de ejemplo el artículo 30 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional que, bajo el título «renuncia al derecho de hacer objeciones», establece que la parte personada en el arbitraje, que no plantea objeciones sobre disposiciones del reglamento, sobre reglas aplicables al procedimiento, sobre la actuación del tribunal arbitral, o sobre cualquier estipulación contenida en el convenio arbitral relativa a la constitución del tribunal

arbitral o respecto a la prosecución del procedimiento, es porque se considera que ha renunciado a las mismas».

La esencia de la previsión legal de esta presunción de renuncia a las facultades de impugnación del laudo se encuentra en la naturaleza eminentemente voluntaria del arbitraje. Ostentando las partes una enorme libertad para la fijación de las reglas que han de regir la validez del convenio y el procedimiento, aquéllas pueden, igualmente, consentir cualquier infracción de normas dispositivas producida durante la prosecución del procedimiento. A ello ha de sumarse, además, la prohibición de actuar en contra de los propios actos: quien no ha denunciado tempestivamente la infracción de una norma dispositiva, pierde la oportunidad de hacer valer tal contravención con posterioridad (cuando el laudo le es desfavorable).

Para que esto suceda así, son tres los presupuestos que han de tomarse en consideración. En primer lugar y como resulta lógico, la parte perjudicada ha de tener conocimiento de la infracción. En segundo lugar, la denuncia de la infracción ha de poder ser renunciada, y ello exige, a grandes rasgos, que la norma conculcada sea de carácter dispositivo. Sobre esta cuestión, habrá que estar a lo que determine la normativa que rija el arbitraje, si bien suele entenderse, con carácter general, que la renuncia tácita de las facultades de impugnación opera cuando la infracción lo es de una norma dispositiva prevista en la Ley o en el Reglamento que gobierna el proceso arbitral, o de una norma pactada por las partes en el ámbito de la autonomía de su voluntad. En última instancia, sólo podrá operar la renuncia implícita si la denuncia de la infracción no se produce durante la prosecución de las actuaciones o se efectúa fuera del plazo señalado por la Ley o Reglamento —en su caso—, del previsto por las partes o, en su defecto, tan pronto como a la parte le sea posible.

2. El convenio de renuncia a la impugnación del laudo

La renuncia a las facultades de impugnación del laudo puede tener su origen, asimismo, en un pacto expreso estipulado por todas las partes del

arbitraje. La existencia de estas cláusulas de renuncia expresa al control judicial de la resolución no es desconocida en algunos ordenamientos, si bien con diferente alcance. Es el caso de Suiza y Suecia, que permiten la exclusión total o parcial del recurso del laudo arbitral dictado con base en un arbitraje internacional, cuando ninguna de las partes tiene su domicilio, su residencia habitual, o un establecimiento de negocios en el país (artículos 192.1 de la Ley Federal del Derecho Internacional Privado de Suiza, de 18 de diciembre de 1987, y 51 de la Ley Sueca de Arbitraje); Francia, que únicamente permite la renuncia al recurso de apelación del laudo, acordada en el convenio arbitral, para los arbitrajes en que el árbitro hubiera recibido la misión de resolver como amigable componedor y que veta la renuncia al recurso de anulación en supuestos tasados (artículos 1482 y 1484 del Código de Proceso Civil francés); e Italia, que permite la renuncia a la impugnación por nulidad cuando ésta traiga causa de la vulneración de las normas de Derecho (artículo 829 del Código de Proceso Civil, modificado por el Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2006, n.º 40).

La posibilidad de que las partes, en ejercicio de la autonomía de su voluntad, renuncien al ejercicio de la acción de anulación del laudo arbitral, no está prevista por la Ley de Arbitraje española. En este sentido, el Tribunal Supremo (*cfr.,* entre otras, la STS de 10 de marzo de 1986) y parte de la doctrina más característica (Cordón Moreno, F., P. Álvarez Sánchez de Movellán y Ll. Muñoz Sabaté) han entendido que un pacto de tal naturaleza es inválido e ineficaz, pues supone una renuncia previa al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 de la Constitución Española) en contra, además, del interés y del orden público (artículos 6.2 y 1255 del Código Civil). Para otro sector doctrinal, sin embargo, ha de ofrecerse a las partes la facultad de renunciar explícitamente a ejercer la acción de anulación ante los tribunales españoles con el fin de facilitar e impulsar en España el arbitraje de signo internacional (Gómez Jené, M. y R. Yáñez Velasco).

(Autora: M.ª Victoria Sánchez Pos. Profesora de Derecho Procesal/U. de Navarra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. Cordón Moreno, F. *Arbitraje y Jurisdicción: algunas cuestiones polémicas*. Pamplona: Cuadernos Cívitas-Aranzadi, 2010. Álvarez Sánchez de Movellán, P. *La anulación del laudo arbitral. El proceso arbitral y su impugnación*. Granada: Comares, 1996. Muñoz Sabaté, Ll. «Sobre la irrecurribilidad del arbitraje de Derecho», La Ley, 1990, n.º 4. Gómez Jené, M., «Primeras reflexiones en torno al Proyecto de Ley de Arbitraje». *La Ley*, 2003, n.º 5, pp. 1638-1644. Yáñez Velasco, R. *Comentarios sistemáticos a la ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre, de Arbitraje*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Impugnación del laudo arbitral. Ley aplicable al arbitraje. Orden público. Reglamento arbitral.

Réplica

La Réplica se puede definir como el Escrito aportado por la Demandante en una segunda ronda de la fase escrita del procedimiento arbitral, tras haber sido intercambiados los Escritos de Demanda y de Contestación a la Demanda.

El Escrito de Réplica tendrá, en términos generales, el siguiente *contenido*: la aceptación o negación de los hechos declarados en el último escrito presentado; cualesquiera hechos adicionales, en caso necesario; las observaciones concernientes a la declaración del Derecho aplicable contenida en el último escrito presentado; una declaración de derecho en respuesta al mismo; y las peticiones (conforme a lo establecido en la Regla 31 del Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («*ICSID Rules*») en su apartado tercero).

No obstante, se ha de resaltar que la *terminología y función* varían según el conjunto de reglas arbitrales aplicables al caso en concreto:

a) Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional («*ICC Rules*»): el término «Réplica» se emplea para designar al Escrito que la Demandante debe presentar en el plazo de 30 días, tras la formulación

por la Demandada de la Demanda Reconvencional, conforme al artículo 5 del Reglamento. En este sentido, los Escritos que conforman el procedimiento arbitral conforme a estas reglas son: el Escrito de Demanda (*the «Request»*), la Contestación a la Demanda *(the «Answer»*) y, en el caso de que la Demandada decidiere formular demanda reconvencional («*counterclaim*»), Escrito de Demanda Reconvencional y Escrito de Réplica.

b) Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres («*LCIA Rules*»): el término «Réplica» se refiere al Escrito que la Demandante debe presentar dentro de los 30 días siguientes a la recepción del Escrito de Contestación a la Demanda, de acuerdo con el artículo 15.4 del Reglamento. Por tanto, los Escritos previstos en el procedimiento de la LCIA son: el Escrito de Demanda («*Statement of Case*»), el Escrito de Contestación a la Demanda («*Statement of Defence*») y el Escrito de Réplica («*Statement of Reply*»). De otro lado, en su caso, si la Demandada formulase demanda reconvencional («*counterclaim*») junto con su Escrito de Contestación a la Demanda, la Demandante deberá remitir, con su Escrito de Réplica, una Contestación a la Demanda Reconvencional («*Defence to Counterclaim*»), a la que la Demandada deberá responder con un Escrito de Réplica a la Demanda Reconvencional («*Statement of Reply to Counterclaim*»).

c) Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional para la Resolución de Disputas, división internacional de la Asociación Americana de Arbitraje («*AAA ICDR Rules*»): de acuerdo con estas reglas, se prevé el intercambio inicial de los Escritos de demanda y contestación, seguidos de los Escritos que fuesen necesarios, si el tribunal así lo requiriere (artículo 17(1)).

d) Reglamento de Arbitraje del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones («*ICSID Rules*»): junto con la Solicitud de Arbitraje, la Regla 31 prevé, en su apartado primero, las siguientes actuaciones escritas: el Memorial de la parte solicitante

(«*Memorial*»), el Memorial de contestación de la otra parte («*Counter-Memorial*»), y si las partes convinieren en ello o si el Tribunal lo estimare necesario, una Réplica de la parte solicitante («*Reply*»), y una Dúplica de la otra parte («*Rejoinder*»).

e) Reglamento de la Corte de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid: recientemente aprobado, el 20 de julio de 2010, el Reglamento prevé, en su artículo 28, que los árbitros podrán decidir acerca de la necesidad de requerir, junto con los Escritos de demanda y contestación, también los Escritos de Réplica y Dúplica, debiendo fijar, consecuentemente, los plazos para su presentación.

En relación con el *momento procesal* en el que la parte debe aportar el Escrito de Réplica, si bien con carácter general se aportan secuencialmente, primero el Escrito de Réplica y luego el Escrito de Dúplica, el Tribunal Arbitral también puede decidir, con carácter excepcional, su aportación simultánea, en aras de no restar velocidad al procedimiento arbitral. Este intercambio simultáneo de escritos, en una primera y segunda ronda, puede decidirse también si las partes no llegan a un acuerdo acerca de cuál de ellas debe ser calificada como Demandante y Demandada, puesto que ninguna de ellas desea ser categorizada como Demandada. En la práctica, esta situación es frecuente cuando el Gobierno de un Estado es una de las partes, en tanto que considere que su dignidad se vería ofendida si tuviese que figurar en el procedimiento como la parte Demandada (caso *Aminoil, The Government of the State of Kuwait vs. The American Independent Oil Company, 24 March 1982*).

Por lo general, en mi opinión, se debe resaltar la *importancia del Escrito de Réplica* en el procedimiento arbitral, puesto que permite ampliar las posibilidades de defensa de la Demandante, al ofrecerle la oportunidad de rebatir los argumentos planteados por la Demandada en su Escrito de Contestación. Asimismo, el Escrito de Réplica permitirá al Tribunal Arbitral lograr una clara definición de las cuestiones a resolver bajo su competencia, identificando de forma precisa el ámbito de su mandato

(y evitando, así, posibles impugnaciones del Laudo Final por decisiones *extra o infra petita*).

Otro aspecto a destacar radica en la *distinción* entre los procedimientos arbitrales donde las actuaciones escritas adoptan un papel preponderante, frente a aquéllos donde la fase oral reviste mayor importancia. Ciertamente, en los primeros, el Escrito de Réplica resulta fundamental, puesto que permitirá a la Demandante precisar su posición de forma detallada, en particular, respecto al Escrito de Contestación, adoptando un papel esencial en su defensa, de forma previa a la fase oral, limitada a la aclaración rápida de determinadas cuestiones o solicitud de mayor información. De otro lado, en ocasiones, se prescinde incluso de esta fase oral, con lo que el Escrito de Réplica estudiado (y el Escrito de Dúplica) adquieren un papel fundamental.

En todo caso, en los *arbitrajes internacionales ad-hoc*, resulta particularmente importante que el tribunal arbitral manifieste a las partes claramente la forma de los escritos que deben aportar. De lo contrario, el arbitraje puede verse retrasado por la aportación de escritos con una forma incorrecta, o la aportación de escritos voluminosos y con detalladas presentaciones, cuando el tribunal arbitral prevé que en la fase oral posterior se debe profundizar en todos y cada uno de los argumentos y pruebas presentados por las partes, lo que evidentemente implicará un retraso y gasto de recursos innecesario.

Finalmente, se debe destacar el *Caso Margulead Ltd. vs. Exide Technologies [High Court of Justice (QB, Commercial Court),* 16 February [2004] EWHC 1019 (Comm.)], con el fin de incidir brevemente acerca de si el derecho de réplica del Demandante debe, necesariamente, ser contestado por el Demandado o si, por el contrario, el Demandante debe tener la última palabra en el proceso. En el caso reseñado, el fracaso de un *joint venture* israelí-americano dio lugar a un arbitraje en Londres. El Árbitro Único denegó al Demandante el derecho de réplica, afirmando que, dada su excelente presentación del caso, la réplica no era necesa-

ria. Posteriormente, en el Laudo Final se desestimaron las pretensiones presentadas, al considerar que el error común de las partes sobre los hechos hacía su acuerdo arbitral inejecutable. El Demandante israelí impugnó el Laudo, alegando graves irregularidades procesales, puesto que le había sido denegado el derecho de réplica y la última palabra en el proceso, como hubiera sido normal en el proceso jurisdiccional inglés para el demandante que ostenta la carga de la prueba. El Juez inglés confirmó la decisión del Laudo, afirmando que la regla que otorgaba la última palabra al demandante no se aplicaba en el arbitraje, y basó su razonamiento en una doble fuente: por un lado, en la English Arbitration Act (1996) —la cual, en su Sección 33 (1) refiere la cuestión al árbitro— y por otro, en la doctrina relativa a la cuestión —Alan Redfern y Martin Hunter, *Law and Practice of International Arbitration*, (3rd Ed. Sweet & Maxwell 1999), para. 7-107, *«Who has the last Word?»,* at 336— la cual mantenía que en arbitraje internacional las partes tienen normalmente el derecho a realizar un número *igual* de actuaciones en el proceso.

En definitiva, en arbitraje internacional, acorde con el principio de igualdad procesal y contradicción, el Escrito de Réplica del demandante normalmente será contestado sucesivamente por el Escrito de Dúplica del demandado.

(Autora: Elisa Vicente Maravall. Abogada/Garrigues, Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Lew, Julian D.M., Loukas A. Mistelis, and Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Kluwers Law International, 2003, para. 21-48 to 21-58; Lew, Julian D.M. and Loukas A. Mistelis. *Pervasive Problems in International Arbitration*. The Hague: Ed. Kluwers Law International, 2006, para. 7-40 a 7-42; Kerr, John, J. Harper, K. Conrad, Peter C. Thomas and Robert H. Smith. *Comparison of International Arbitration Rules*. Nueva York: Ed. Juris Publising, 2002, pp. 96-97; Mcilwrath, Michael and John Savage. *International Arbitration and Mediation: a Practical Guide*. Chapter Five: The Conduct of the Arbitration. La Haya: Kluwer Law International, 2010, pp. 236-238; Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Costantine Partasides. *Law and Practice of International Commercial Arbitration.* Ed. Oxford University Press, 2009, pp. 377-382.

VOCABLOS CONEXOS: Alegaciones *(Memorials).* Contestación (*Rebuttal*). Corte de Arbitraje de la Cámara Internacional de Comercio de París. Defensa y contradicción. Dúplica *(Rejoinder).* Igualdad de las partes. *London Court of International Arbitration*. Procedimiento arbitral. Reconvención. Reglamento y reglas del CIADI. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

Requerimientos de aportación de pruebas

El requerimiento de aportación de pruebas puede definirse como el Escrito formulado por una parte y dirigido a la otra parte o al tribunal arbitral, con el fin de requerir la aportación de documentos al procedimiento por la otra parte.

El *contexto* en el que se plantea este requerimiento es el siguiente: salvo cuando la parte opta tácticamente por ser la primera en aportar y explicar aquellos documentos potencialmente problemáticos que conoce que se encuentran en poder de la parte contraria, generalmente, la parte sólo aportará aquellos documentos que sean favorables a su posición (o, al menos, que no sean desfavorables). Por tanto, una parte puede poseer documentos que favorecen la posición de la parte contraria y a los que esta última no tiene acceso.

En este sentido, cabe resaltar la *distinción entre las jurisdicciones del common law* (o derecho anglosajón) *y civil law* (o derecho continental). En las jurisdicciones del *common law*, al contrario de lo que sucede en muchas jurisdicciones del *civil law*, cada parte tiene derecho a requerir a la otra aquellos documentos que no ha aportado y que la primera cree relevantes para la defensa de su posición. En la actualidad, esta práctica es común en arbitraje internacional, si bien el grado de implementación depende en buena medida de la formación jurídica de los representantes de las partes y de los árbitros. Así, cuanto mayor es la proporción de juristas del *civil law* en el proceso, menos probable será una decisión o acuerdo sobre la realización de un requerimiento de prueba.

La *terminología* puede variar pero, en último término, no afecta realmente al significado material. En ocasiones, se utiliza el término *discovery*, pero éste constituye un término propio del Derecho Procesal estadounidense, empleado para designar diversos requerimientos de prueba, incluyendo no sólo documentación, sino también deposiciones e interrogatorios. Asimismo, los abogados ingleses prefieren utilizar la palabra *disclosure* cuando se refieren al requerimiento de pruebas documentales. Las Reglas de la IBA (*International Bar Association*) sobre Práctica de Prueba en el Arbitraje Internacional, publicadas en 1999 y revisadas recientemente, el 29 de mayo de 2010, no emplean los términos *discovery* o *disclosure* en este contexto. En el presente estudio, se atenderá a la terminología de las Reglas de la IBA.

En todo caso, al realizar un *análisis comparativo de las reglas arbitrales* de distintas instituciones, por lo general, la mayoría no contempla específicamente la regulación del requerimiento de prueba. Así, esta cuestión es referida generalmente a los árbitros, que gozan de discreción para decidir sobre la realización de los requerimientos que fueren necesarios en cada caso. En la actualidad, ya sea por su propia iniciativa o a raíz del acuerdo de las partes, los árbitros atienden cada vez con mayor frecuencia al contenido de las Reglas de la IBA en este ámbito.

Las Reglas de la IBA adoptan una posición intermedia entre la doctrina expansiva a favor del requerimiento de prueba —seguida, como se ha visto, por la mayoría de las jurisdicciones del *common law*— y la reticencia de los sistemas del *Civil Law* a la aprobación de estas medidas. En este sentido, el éxito de esta posición intermedia se puede percibir en la siguiente tendencia: los árbitros del *common law* acuden a las Reglas de la IBA para justificar una mayor restricción en las decisiones acerca del requerimiento de prueba, mientras que los árbitros del *civil law* acuden a las mismas con el fin de argumentar su mayor utilización en el procedimiento.

Conforme a lo previsto en el *artículo 3. 2* de las Reglas de la IBA, dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, cualquier parte podrá presentar al tribunal arbitral y a las otras partes un requerimiento de prueba, debiendo la otra parte cumplir con el requerimiento si el tribunal así lo ordenara. De acuerdo con el *artículo 3.3* de las Reglas, el *contenido* de la *Solicitud de Requerimiento de prueba documental* debe ser el siguiente:

> (a) (i) una descripción de cada Documento cuya exhibición se solicite y que sea suficiente para identificarlo, o
>
> (ii) una descripción suficientemente detallada (incluyendo el asunto de que se trate) de la concreta y específica categoría de Documentos requeridos que razonablemente se crea que existen; en el caso de Documentos conservados en formato electrónico, la Parte solicitante puede, o el Tribunal Arbitral puede requerirle que proceda a, identificar archivos específicos, términos de búsqueda, individuos o cualquier otro medio de búsqueda para esos Documentos en una forma eficiente y económica.
>
> (b) una declaración de por qué los Documentos requeridos son relevantes para el caso y sustanciales para su resolución; y
>
> (c) (i) una declaración de que los Documentos requeridos no se encuentran en poder, custodia o control de la Parte que los solicita o una declaración de las razones por las cuales sería irrazonablemente gravoso para la Parte solicitante exhibir tales Documentos, y
>
> (ii) una declaración sobre las razones por las cuales la Parte solicitante supone que los Documentos requeridos están en poder, custodia o control de otra Parte.

En consecuencia, el requerimiento de prueba puede referirse, o bien a una concreta y específica categoría de documentos, o bien a documentos individuales. En la práctica, si bien estos *requisitos de concreción* pueden implicar una importante ventaja respecto a los criticados «*fishing expeditions*» asociados con los requerimientos de prueba en los procedimientos norteamericanos, las controversias especialmente complejas o de considerable magnitud, que se dirimen conforme a las Reglas de la IBA, pueden generar largas y detalladas objeciones, que el tribunal

deberá resolver con la mayor celeridad posible, en aras de no restar velocidad al procedimiento.

Asimismo, se deben destacar los *requisitos de relevancia y substancialidad* de los documentos requeridos en la Solicitud, habiéndose revisado las referencias a ambos en la versión del 2010 de las Reglas del IBA, y aclarado su exigencia específica en la Solicitud de requerimiento, lo que revela su carácter fundamental.

No obstante, la parte requerida puede plantear *objeciones*, a alguno o a todos los documentos solicitados, debiendo manifestarlo por escrito al tribunal arbitral y a las otras partes dentro del plazo fijado por el tribunal. Las objeciones pueden recogerse en el «Redfern Schedule», nombrado a partir del reputado árbitro Alan Redfern, en cuya elaboración pueden colaborar las partes y el tribunal. El documento se compone de cuatro columnas: (1) los documentos requeridos; (2) la justificación de la parte requirente sobre su requerimiento; (3) la objeción de la parte requerida; (4) la decisión del tribunal sobre cada requerimiento. El procedimiento de las objeciones puede tener lugar por dos vías: por un lado, recibida una(s) objeción(es), el tribunal arbitral invita a las partes a una consulta mutua, con el fin de dirimir la objeción o, por otro lado, cualquier parte puede, dentro del plazo fijado por el tribunal arbitral, requerir a éste que resuelva la objeción.

Una vez que el tribunal haya decidido acerca del contenido del requerimiento, otorgará un plazo para *la aportación de los documentos al procedimiento*. En la práctica, las partes pueden acordar o el tribunal decidir, como mínimo, que los documentos estén numerados secuencialmente, generalmente a pie de página. Los documentos se deben aportar mediante copias que reflejen exactamente su estado original, con los adjuntos y notas a mano incluidos, y en el idioma original en el que fueron redactados (aunque no sea el idioma del arbitraje). En la mayoría de los casos, los documentos sólo se aportan a la parte requirente, y no al tribunal arbitral, de modo que la parte requirente debe revisar los

documentos e introducirlos en el procedimiento, si es necesario, generalmente, como Anexos («*Exhibits*») de sus Escritos con las traducciones que fueren necesarias.

Finalmente, se ha de reseñar que, en ocasiones, la parte requerida deberá aportar al proceso un documento donde se recoja una lista de documentos relevantes respecto al requerimiento, pero que han sido retenidos por considerarse *información privilegiada* («*privilege log*»). Al respecto, cabe resaltar, de nuevo, el «Redfern Schedule» relativo al mismo, que se organiza en ocho columnas: número de referencia del requerimiento, número del documento retenido, fecha del documento, tipo de documento, autor, destinatario, breve descripción de su finalidad, base legal del privilegio aducido.

En último término, destacar la creciente importancia de los requerimientos relativos a *documentos en formato electrónico* («*e-disclosure*»). En todo caso, el tribunal arbitral debe decidir sobre estos requerimientos, especialmente controvertidos en la práctica, ponderando la relevancia de los documentos requeridos y la necesidad de garantizar la igualdad procesal de las partes, debiéndose evitar que ello suponga un excesivo coste o retraso del procedimiento arbitral.

(Autora: Elisa Vicente Maravall. Abogada/Garrigues, Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Lew, Julian D.M., Loukas A. Mistelis and Stefan M. Kröll. *Comparative International Commercial Arbitration*. La Haya: Ed. Kluwers Law International, 2003, para. 22-48 to 22-58; Lew, Julian D.M. and Loukas A. Mistelis. *Pervasive Problems in International Arbitration*. La Haya: Kluwers Law International, 2006, para. 6-12; McIlwrath, Michael y John Savage. *International Arbitration and Mediation: A Practical Guide*. La Haya: Kluwer Law International, 2010, pp. 289-294, 441-448; Redfern, Alan, Martin Hunter, Nigel Blackaby and Costantine Partasides. *Law and Practice of International Commercial Arbitration.* Oxford: Ed. Oxford University Press, 2009, pp. 392-396.

VOCABLOS CONEXOS: Exhibición de hechos (*discovery*). *IBA Rules on Taking of Evidence in International Arbitration*. Igualdad de las partes. *International Bar Association.* Procedimiento arbitral. Prueba (*evidence*).

Reservas a los tratados internacionales

En el seno de la sociedad internacional, a falta de un poder legislativo institucionalizado, la formación y nacimiento de las normas jurídicas se fundamenta en el consentimiento del Estado para obligarse y asumir derechos y obligaciones.

En el caso de la manifestación normativa internacional de carácter escrito —la norma convencional—, la manifestación del consentimiento para quedar obligado por el tratado se presta tras su negociación, adopción y autenticación. Deben converger un cierto número de consentimientos para que la norma entre en vigor.

Alcanzar el texto adecuado capaz de suscitar el necesario consenso no es tarea fácil en una sociedad internacional tan heterogénea y compleja como la actual, siendo especialmente ardua cuando el objetivo perseguido es alcanzar una norma convencional de carácter universal.

Por ello, los Estados, conscientes de la dificultad de alcanzar acuerdos absolutos, primaron la universalidad frente a la integridad del texto y flexibilizaron el mecanismo de manifestación del consentimiento en quedar obligado por un tratado, permitiendo, siempre que se reúnan determinados requisitos, excluir o modificar la obligatoriedad de alguna de las disposiciones del tratado. Es la institución de las reservas, cuya práctica va necesariamente asociada a los tratados multilaterales, único ámbito en el que pueden operar. No caben en los acuerdos bilaterales, pues no se daría el consenso necesario para el nacimiento de los respectivos derechos y obligaciones.

De acuerdo con el artículo 2 del Convenio de Viena de 1969 sobre celebración de los tratados celebrados por los Estados y sus convenios paralelos en las Convenciones de 1986 y de 1978, se puede afirmar que reserva es aquella *declaración unilateral*, *cualquiera que sea su enunciado o denominación,* hecha por un Estado o por una organización internacional al firmar, ratificar, confirmar formalmente, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, o al hacer una notificación de sucesión de un tratado, *con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado* en su aplicación a ese Estado o a esa organización.

De esta definición cabe destacar, inicialmente, dos aspectos. Por un lado, la falta de formalismo propia del Derecho Internacional que no atiende a la denominación sino al efecto y, por otro, el elemento temporal, vinculado a la manifestación del consentimiento. Este último marca el límite temporal de la formulación de las reservas, esto es, con anterioridad a la entrada en vigor particular. No obstante, excepcionalmente se permite la formulación de reservas tardías, tras la manifestación del consentimiento. Por su parte, la falta de formalismo desencadena la necesidad, en la práctica, de identificar las reservas por el efecto que producen, diferenciándolas de otras declaraciones unilaterales como las interpretativas. La práctica es muy rica y ciertamente confusa en esta materia.

En todo caso, sólo se podrán formular las reservas permitidas por el tratado o las no prohibidas por éste. En ningún caso se podrá formular ninguna reserva que sea contraria al objeto y fin del tratado.

Por otro lado, las reservas pueden ser de exclusión, impidiendo que una determinada disposición surta efectos jurídicos o de modificación, alterando éstos.

La *formulación* de la reserva es realizada por un Estado, aunque se admite la formulación conjunta por varios de ellos. La formulación afecta

al consentimiento prestado, por lo que se hace necesaria la respuesta del resto de las Partes.

Así, la reacción puede ser la *aceptación* de la reserva, realizada, bien de forma expresa o bien de forma tácita, cuando no se haya formulado ninguna objeción en los doce meses siguientes a la notificación de su formulación.

Ése es el plazo de que disponen las restantes partes para aceptar o para formular una *objeción*. La objeción a la reserva puede impedir la entrada en vigor del tratado entre el que la realiza y el que formuló la reserva. Se trata de la *objeción cualificada*, que debe ser expresa, clara e indubitada respecto al efecto que debe producir.

Cabe, asimismo, que la respuesta sea una objeción sin expresa oposición a la entrada en vigor del tratado. Se trata de la *objeción simple*, que produce como efecto la exclusión de las disposiciones afectadas por la reserva en las relaciones entre la parte que formuló la reserva y la que realizó la objeción simple.

En cuanto a sus *efectos*, las reservas rompen la integridad del texto y la igualdad de derechos y obligaciones nacidos del tratado, dando lugar a un haz de relaciones bilaterales entre las partes. Así, entre el que formula la reserva y el que la acepta, rige el tratado salvo en la parte afectada por la reserva, en la que rige ésta; entre el que la formula y el que realiza una objeción simple rige igualmente el tratado salvo en la parte afectada por la reserva, sobre la que no existe consenso; finalmente, entre el que formula la reserva y el que realiza objeción cualificada, no rige el tratado.

En definitiva, en materia de reservas, los Estados apostaron por un amplio sistema de flexibilidad, muy favorable a éstas.

A pesar de ello, este régimen no es aplicable a dos supuestos de tratados multilaterales. Por un lado, no cabe en el caso de los tratados multi-

laterales restringidos de los que, por su naturaleza o de otro modo, se desprenda que ésa fue la intención de las partes. En este caso, la formulación de una reserva exige la aceptación de todos los demás Estados.

Por otro lado, están las reservas a los tratados constitutivos de una Organización Internacional, que sólo serán posibles una vez aceptadas por su correspondiente órgano competente.

Cabe concluir que, con el fin de superar las lagunas y ambigüedades del régimen recogido en la Convención de 1969, preservando su acervo jurídico, la Sexta Comisión de la Asamblea General hizo suya, el 9 de diciembre de 1993, la decisión de la Comisión de Derecho Internacional de incluir en su programa de trabajo la cuestión del derecho y la práctica en materia de reservas a los tratados. Se nombró un Relator Especial, se modificó la denominación del tema —reservas a los tratados— y, en la actualidad, se sigue en proceso de elaboración de un borrador de directriz. Por otro lado, la singularidad de los tratados en materia de derechos humanos plantea la necesidad de un estudio paralelo, específico y coordinado de la materia.

(Autor: M.ª Ángeles Cano Linares, Profesora de Derecho Internacional de la U. Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Díaz Barrado, Cástor Miguel. *«Reservas a la convención sobre tratados entre Estados: declaraciones, reservas y objeciones a las reservas, formuladas a la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969»*. Madrid: Tecnos, 1991. López Hurtado, Carlos. *«¿Un régimen especial para los tratados de derechos humanos dentro del derecho internacional?: Reservas y denuncias de tratados de derechos humanos», Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, n.º 1, 2001, pp. 248-289. Orihuela Calatayud, Esperanza. *Los tratados internacionales y su aplicación en el tiempo. Consideraciones sobre el efecto inicial de las disposiciones convencionales*. Madrid: Dykinson, 2004. Remiro Brotons, Antonio. *«Derecho Internacional Público. 2. Derecho de los Tratados».* Madrid: Tecnos, 1987. Riquelme Cortado, Rosa María. *«La definición de reserva a examen. ¿Confirmación o desdibujamiento de sus elementos esenciales?»*. En *AA.VV. El Derecho Internacional: normas, hechos y valores: Liber Amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*. Caflisch, Lucius, Romualdo Bermejo García, Javier Díez-Hochleitner Rodríguez y Cesáreo Gutiérrez Espada (Coord.), 2005,

pp. 621-658; *Las reservas a los tratados: lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2004. «Reservas a tratados de derechos humanos. ¿Unidad o diversidad del régimen jurídico de las reservas a los tratados?». *Cursos de derechos humanos de Donostia-San Sebastián*, vol. 5, 2004, pp. 261-334; Quel López, Francisco Javier. *Las reservas a los tratados internacionales.* Bilbao: Universidad del País Vasco, 1991.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). Efecto útil (de los tratados).

Resolución alternativa de controversias

1. Introducción

En los últimos años estamos asistiendo a una profunda transformación en la resolución de controversias produciéndose un equilibrio entre la jurisdicción ordinaria y los denominados métodos, en inglés, *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Estos últimos fueron considerados como secundarios respecto al procedimiento frente al juez, bien por el escaso número de litigios resueltos en vía extrajudicial, o por la opinión existente respecto a que sólo el órgano jurisdiccional estaba a la altura de resolver una controversia.

Hoy en día esta idea ha cambiado debido a la saturación de los tribunales y al importante número de fracasos producidos en el ámbito jurisdiccional, al mismo tiempo que se van desarrollando otras vías, que por varias razones, representan el natural crecimiento y la aplicación de estos métodos alternativos.

Hay que decir que los ADR no sólo actúan en sustitución del sistema judicial sino que también lo hacen como sistemas complementarios que facilitan la solución a través de la elección voluntaria de los mismos y de un compromiso contractual que permiten que las partes puedan pasar en un segundo momento a la jurisdicción ordinaria en caso de no haber podido llegar a un acuerdo. La suma de todos estos factores ha llevado a

que cada vez sea mayor la utilización de los ADR siendo hoy en día un instrumento indispensable para la resolución de conflictos.

2. Diferentes sistemas de ADR

Con las siglas ADR se identifican las Técnicas Alternativas de Resolución de Controversias que ofrecen una forma económica y rápida de llegar a una solución extrajudicial en un asunto.

En este sentido, los ADR se canalizan en el contexto de las políticas para mejorar la justicia, ya que desarrollan un papel complementario y no sólo alternativo respecto de los procedimientos jurisdiccionales debido a que por su naturaleza se adaptan mejor a las características de cada controversia. En definitiva, se establece un diálogo entre las partes que puede dar como resultado la solución del litigio o en caso contrario servir para facilitar la solución delante de un tribunal.

El origen de la difusión de los ADR se encuentra en los Estados Unidos de América en los años 70 cuando surgió el fenómeno de la *litigation explosion*, si bien China y Japón ya utilizaban estas técnicas como parte de su tradición jurídica desde hacía mucho tiempo.

En los países anglosajones los ADR han constituido, especialmente entre 1970 y 1985 un sector muy importante en el Derecho Procesal. Las razones se pueden buscar en la multiplicación del número de pleitos civiles inscritos en los tribunales, lo que dio lugar a que se empleara más tiempo y dinero para resolver los conflictos.

Entre las causas que justifican esta situación cabe citar un importante incremento en la legislación, el crecimiento exponencial del número de letrados, y en países con jurado, la incógnita del veredicto popular.

Por último, el nacimiento de movimientos para los derechos civiles favoreció el desarrollo de formas alternativas de resolución de controver-

sias, especialmente en el ámbito de la mediación familiar, el trabajo y la mediación social.

En consecuencia, se ha asistido en países como Estados Unidos de América a un proceso de institucionalización de los ADR que ha sido utilizado por los tribunales como un instrumento alternativo y un recurso interno.

No obstante, es necesario delimitar las diferencias existentes entre los medios de solución de controversias destacando la importancia de cada uno de ellos dependiendo del sistema jurídico en el que se realicen. En este sentido, se podrán constatar diferencias importantes entre los sistemas anglosajones seguidos por países como el Reino Unido, Estados Unidos de América, Canadá, Australia o la India, frente a los sistemas latinos entre los que se encuentran, entre otros, Francia, Italia, Portugal y España, más proclives a los tradicionales sistemas jurisdiccionales para solucionar sus conflictos.

Junto a las normas desarrolladas por los diferentes Estados con vistas a implantar los sistemas de ADR, hay que destacar la existencia de normas internacionales en la materia que intentan dar un tratamiento uniforme a la aplicación de estos sistemas facilitando así su implantación en la resolución de conflictos transfronterizos.

Destacan en este sentido dos tipos de normas:

- Los Convenios Internacionales del que destaca *la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional.*

- El Reglamento de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) (la CCI viene practicando los ADR desde sus inicios siendo muy seguido por las empresas para resolver sus litigios internacionales, así destaca el Reglamento de Conciliación de 1988, y el Reglamento de ADR de 2001 en el que se contiene la naturaleza del mecanismo alternativo y las características de procedimiento previsto).

3. Sistemas de aplicación de los ADR

La resolución de conflictos se puede plantear en tres ámbitos diferentes:

- Sistema no judicial
- Sistema *quasi*-judicial
- Sistema judicial

3.1. Sistema no judicial

El sistema no judicial responde a las negociaciones no estructuradas que aparecen en un primer momento cuando aún las partes no son conscientes de la posibilidad de establecer un sistema reglado para solucionar sus divergencias.

a) Negociación informal

En estos casos las partes intentan llegar a un acuerdo sin haber pactado ningún procedimiento.

b) Negociación estructurada: Transacción

Este mecanismo es conocido como transacción, en la cual son las partes, sin intervención de terceros las que ponen fin a la controversia mediante el acuerdo de concesiones recíprocas, esto es, mediante la renuncia por ambos litigantes de partes de sus pretensiones iniciales.

c) Conciliación/mediación privada

Los términos mediación y conciliación se utilizan a menudo como sinónimos de un único concepto se solución de controversias a través de la intervención de un tercero neutral e imparcial sin poder decisorio.

Ambas ofrecen un paso más en la solución de los conflictos ya que en estos casos el conciliador o mediador trabaja directamente con las partes e intenta ayudarlas en la búsqueda de una solución al conflicto, mos-

trandoles las partes fuertes y débiles de su argumentación y dándoles su opinión personal en relación a las posibles soluciones. Ahora bien, las partes son las que deben decidir la solución, así como aceptar este tipo de ayuda.

Hoy en día ambos términos se diferencian por las materias en las que se utilizan, dando lugar a variaciones relativas a la sistematización de las técnicas utilizadas y la especialización de los expertos que las aplican. Así, por ejemplo, el término conciliación se utiliza en materias civiles, mercantiles y de trabajo, mientras que la mediación se utiliza en el ámbito familiar, escolar y social.

3.2. Sistema quasi judicial

En un segundo escalón aparecen las denominadas negociaciones estructuradas que se dan cuando las partes se ponen de acuerdo para establecer unas bases formales y temporales, estableciendo anticipadamente la ley que debe resolver el conflicto, así como la autoridad competente para resolverlo.

a) Conciliación/mediación dentro de un proceso judicial

Este sistema no difiere conceptualmente de la conciliación/mediación no vinculante si bien ofrece más opciones que la anterior al ser más informal, permitiendo que las partes utilicen otras opciones si no consiguen llegar a una solución. Normalmente, cuando las partes están dentro de un proceso son informadas de la opción de acudir a una conciliación o una mediación. En estos casos, nada que se utilice en la mediación o conciliación podrá ser utilizado durante el juicio para ir en contra de las partes y si las partes no llegan a una solución el caso volverá al tribunal para ser resuelto.

Básicamente, la distinción con la conciliación/mediación no vinculante reside en el hecho de que en ésta el conciliador/mediador ayuda a las partes a negociar un acuerdo, no tiene, por tanto, que dar la solución,

sino que se limita a conducir a las partes hacia la solución que ellas consideren oportuna.

En los casos de conciliación/mediación dentro de un proceso judicial, el conciliador/mediador debe evaluar las pretensiones de las partes para ver si son correctas y, por consiguiente, el mismo formulará una propuesta a través de un acto de negociación que las partes tendrán que firmar.

b) Arbitraje dentro de un proceso judicial

Es similar al anterior si bien ofrece la oportunidad de poder evitar un juicio formal. El procedimiento consiste en que las partes, en casos civiles relativamente pequeños, presentan el caso ante un grupo de juristas (en la mayoría de los casos tres abogados). Estos abogados escuchan a los representantes legales de las partes en una vista informal, evalúan las pruebas y emiten un laudo no obligatorio en el cual indican a las partes que creen ellos que un tribunal decidiría en un caso similar. Las partes pueden aceptar el laudo, usarlo para negociar otro tipo de acuerdo o bien pedir la continuación de juicio.

3.3. Sistema judicial

Es el sistema más reglado a través del cual los tribunales utilizan los ADR como método complementario para llegar a la solución de la controversia.

Una herramienta que cada vez se usa más por los tribunales promovido por el uso de ADR es la utilización de expertos en determinados litigios.

Los expertos aportan en estos casos:

- Una opinión neutral en el caso de que exista oposición en las pruebas o en las opiniones de las partes.

- Dan pruebas cuando éstas no están claras.
- Ayudan a los jueces a entender cuestiones muy técnicas.
- Apoyan la economía procesal: especialmente cuando cada parte aporta expertos.
- Equilibran la disparidad de poder entre las partes.

El objetivo final es ayudar en la dirección del juicio haciéndolo más eficiente, si bien independientemente de lo que digan los expertos, la última palabra siempre la tendrá el juez.

4. Breve referencia a los ODR

Entre 1999 y 2000 se ha asistido a una expansión progresiva de los ADR en una forma evolucionada cuyo acrónimo se ha transformado en *On line Dispute Resolution (ODR)* que recoge la utilización de técnicas de Internet en la resolución de las controversias.

Este término se refiere, tanto a la solución de controversias de Internet cuyo sentido territorial indica el ámbito de un posible contencioso, como en sentido instrumental de manera que se utilice Internet como medio tecnológico cuya función es solucionar las controversias.

Entre los ODR que actualmente se encuentran en funcionamiento *on line* destacan los siguientes:

a) La negociación asistida automática

El método denominado *blind offer* (negociación a ciegas) es un sistema de ODR que no prevé la intervención de un tercero mediador, sino del software que pone en comunicación a las partes en litigio.

b) La mediación on line

Esta técnica recoge todas las características de la mediación tradicional. El sistema se activa mediante el envío de un modelo de instancia de una de las partes (datos, cuestiones de debate, valor de la cuestión, etc.).

Seguidamente se contacta con la otra parte y se crea una *resolution room* o lugar virtual de la reunión y se nombra un mediador que otorga un *password* para asegurar la privacidad del proceso que se gestionará mediante un canal protegido.

El mediador entra en juego igual que en la mediación tradicional pudiendo pedir aclaraciones a las partes, proponer temas de discusión, reuniones separadas con las partes, etc. Con la utilización del correo electrónico se acortan los tiempos evitando que las partes tengan que reunirse físicamente reduciéndose así los gastos.

c) The virtual magistrate

Este ODR se está desarrollando desde 1996 en el marco de la *American Arbitration Association*. Se trata de un procedimiento gestionado mediante correo electrónico que dicta una decisión no obligatoria para las partes en 72 horas. Su característica esencial es la de ser un instrumento voluntario para las partes cuyo resultado se basa en el principio de equidad.

Se utiliza, especialmente, en litigios relacionados con los delitos de propiedad intelectual, competencia desleal, etc.

(Autora: Dra. Carmen Parra Rodríguez.
Profesora de Derecho Internacional Privado de la U. Abat Oliba de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Avruch, K. y P. Black. *La resolución de conflictos en marcos culturales; Problemas y Prospectos. Instituto de Analisis y Resolución de Conflictos.* Ed. Fairfax, Virginia George Mason University, 2000. Bazer-

man, M.A. *La negociación racional en un mundo irracional.* Paidós, 1993. Bush, R.A. y J.P. Folger. *La Promesa de la mediación: Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros.* Barcelona: Ed. Granica, 1996. Mitchell, Ch.R. *El proceso y las fases de la mediación. Documento n.º 4. Donostia-San Sebastián: Gernika Gogoratuz, julio de 1994.* Ormachea Choque, I. *Manual de Conciliación. Instituto Peruano de Resolución de Conflictos: Negociación y Mediación.* Lima, 1999.

VOCABLOS CONEXOS: Arreglo pacífico de solución de controversias. Mediación.

Resolución procesal (ver «Orden procesal»).

Responsabilidad de la institución arbitral

1. Introducción y noción general

Cuando dos partes que mantienen una controversia acuden al arbitraje, quedan sometidas a la decisión que resulte del proceso arbitral, viniendo obligadas a su cumplimiento. Sin embargo, en un proceso arbitral no sólo surgen obligaciones para las partes en litigio, sino también para el propio árbitro, así como para la institución arbitral que interviene en la administración del arbitraje.

Cuando estamos ante un arbitraje institucional, al aceptar la institución arbitral administrar el arbitraje de las partes en conflicto, está también asumiendo una responsabilidad respecto a las mismas e incluso respecto a terceros, como veremos posteriormente.

2. Derecho español

En la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje, se consagra esta responsabilidad de la institución arbitral en su artículo 21, apartado 1, el cual, bajo el epígrafe «*Responsabilidad de los*

árbitros y de las instituciones arbitrales. Provisión de fondos», dispone lo siguiente:

1. *La aceptación obliga a los árbitros y, en su caso, a la institución arbitral, a cumplir fielmente el encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. En los arbitrajes encomendados a una institución, el perjudicado tendrá acción directa contra la misma, con independencia de las acciones de resarcimiento que asistan a aquélla contra los árbitros.*

La redacción de la vigente Ley modifica el alcance de la responsabilidad señalado en el artículo 16 de la Ley n.º 36/1988, pues en principio excluye de su tenor literal la culpa o negligencia. Así, la Ley anterior contemplaba la responsabilidad del árbitro y, por ende, de la institución arbitral, por dolo o culpa, mientras que en la actualidad sólo se recoge la expresión «*mala fe, temeridad o dolo*».

Asimismo, es de destacar que el Legislador español contempla la posibilidad de que los perjudicados se dirijan con una acción directa contra la propia institución arbitral, al mismo tiempo o con independencia de la que ejerzan contra los árbitros.

Así, por ejemplo, incluso si se resuelve el caso favorablemente para la Corte Arbitral a la que se reclama su responsabilidad, A.M. Lorca Navarrete cita entre su magnífica recopilación de jurisprudencia arbitral, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de fecha 23 de marzo de 2009, en la que la Sala analiza el supuesto de la eventual responsabilidad directa de la Corte Arbitral que ha designado como árbitro a una persona con antecedentes penales.

3. Comentarios del autor

La principal cuestión que se plantea al estudiar la responsabilidad de la institución arbitral es el alcance de los casos en los que puede ejercitarse

la acción contra la misma, dado el tenor literal de la Ley. Dicho en otras palabras, cabe plantearse si la culpa del árbitro o de la institución administradora del arbitraje puede motivar el ejercicio de acciones contra la misma o si, por el contrario, debe basarse únicamente en las causas de mala fe o temeridad o dolo.

En nuestra opinión, si bien el texto del artículo 21 de la Ley n.º 60/2003 es contundente, es cierto también que sobre el árbitro pesa un deber de cumplir fielmente su encargo recibido, lo cual es igualmente predicable de la institución arbitral. En atención a dicha obligación de cumplir fielmente el encargo recibido, expresión que denota la visión contractualista de la institución arbitral, es fácil argumentar que un árbitro no cumple debidamente sus funciones si obra con culpa o, al menos, si obra con culpa grave.

En este sentido, la Jurisprudencia española correspondiente a la anterior Ley de 1988 no dudaba en responsabilizar a los árbitros de los perjuicios sufridos por las partes cuando aquéllos hubieren obrado con culpa grave, todo ello con base en lo dispuesto en los artículos 1.091 y 1.101 del Código Civil. Por ejemplo, la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, en fecha 15 de diciembre de 1995.

Por tanto, con independencia de la acción directa de la que disponen las partes para exigir a la institución arbitral el resarcimiento de daños y perjuicios ocasionados por la mala actuación del árbitro, además las partes pueden dirigirse también contra la institución arbitral para reclamar con base en el incumplimiento de su deber de administrar el arbitraje.

Pueden hacer valer la responsabilidad de la institución arbitral, no sólo las partes, sino también los terceros ajenos a la disputa que se ventila en el proceso arbitral y que se sientan perjudicados por la actuación de los árbitros, como ocurre en el caso de, por ejemplo, aquellas personas contra las que se han dirigido medidas cautelares por un error del árbitro o de los órganos de apoyo de la institución arbitral.

Una duda sobre la acción directa que consagra el artículo 21 (la cual permite a las partes dirigirse directamente contra la institución arbitral) se produce en el caso de que las partes se sometan a un arbitraje institucional o administrado, pero sean ellas las que de consuno designen el árbitro. En tal caso, cabría plantearse si cabe derivar dicha responsabilidad de la institución arbitral por errores en su función, cometidos por un árbitro que no ha sido designado por dicha institución.

Junto con la acción directa prevista en el artículo 21 de la Ley de 2003, la cual obligaría a la institución arbitral a abonar directamente los daños y perjuicios ocasionados por la mala actuación del árbitro, hay que contemplar la acción de regreso que tiene la institución para pedir al árbitro lo desembolsado en dicho concepto.

Finalmente, siguiendo a González Soria, podemos hacer una mínima exposición de casos en los que se puede generar la responsabilidad de la institución arbitral por sus propios actos u omisiones. El autor citado incluye todos los casos en los que se vulnere la obligación de seguir su propio Reglamento arbitral, así como los casos en los que incurra en responsabilidad en la gestión y administración del arbitraje, mencionando expresamente los casos de designación de árbitros que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles o carezcan de la cualificación necesaria, por ejemplo, ser abogado en ejercicio en un arbitraje de Derecho, la inobservancia de la institución de sus propias normas de designación de árbitros o cualquier otra violación de su normativa o de la normativa legal imperativa que coloque a una de las partes en situación de privilegio o suponga viciar de nulidad dicha designación (por ejemplo, designar un número par de árbitros).

(Autor: Ernesto Díaz-Bastien López.
Socio fundador de Díaz-Bastien & Truan Abogados).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Merino Merchán. *«Estatuto y responsabilidad del Árbitro»*. Navarra: Ed. Thomson Aranzadi, 2004. González Soria (Coordinador).

Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003, de 23 de diciembre. Navarra: Ed. Thomson-Aranzadi, 2004.

VOCABLOS CONEXOS: Árbitro. Arbitraje institucional. Confidencialidad (del arbitraje). Control judicial (del arbitraje). Impugnación del laudo arbitral. Anulación parcial.

Responsabilidad de los árbitros

La responsabilidad de los árbitros frente a las partes está vinculada con la forma de cumplir el encargo que éstas le han hecho para que dirima la controversia. Esto significa que tal responsabilidad surge por los daños que pudieran causar en las partes al llevar adelante el arbitraje y/o al emitir el laudo. Dentro de este orden de ideas, podríamos decir que esa responsabilidad se derivaría del no cumplimiento, del cumplimiento defectuoso o del cumplimiento tardío.

El caso del no cumplimiento es perfectamente claro (o parece serlo): el árbitro que, después de haber aceptado, se niega sin causa suficiente a llevar adelante el proceso o a participar en el laudo, está incumpliendo el encargo y, por tanto, debe responder por los daños que ello cause. Podemos pensar que tales daños serán fundamental los causados por el retraso que ocasiona la renuncia del árbitro a continuar arbitrando. El cumplimiento tardío parece ser también claro, en tanto que se incurra en el incumplimiento de los plazos establecidos para el arbitraje, fundamentalmente el plazo para laudar.

Menos claro es el cumplimiento defectuoso. ¿Qué es lo que puede considerarse un defecto en la tarea de arbitrar? ¿Podría una de las partes sostener que se ha producido un cumplimiento defectuoso que le causa daño porque, a su manera de ver, no se ha adoptado la interpretación correcta de la ley aplicable? Nótese que esto puede poner en peligro el desarrollo del razonamiento jurídico del árbitro desde el momento que su interpretación puede ser entendida siempre por la parte perdedora

como defectuosa o falsa. Y como en el Derecho, por su propia naturaleza, nos encontramos ante lo que los juristas medievales llamaban «materia controvertible», siempre habrá diferentes interpretaciones posibles. Es verdad que algunas pueden ser irracionales y deben ser descartadas; otras muchas tendrán un distinto grado de aprobación y dependen de las circunstancias y de la manera de pensar el árbitro. Pero, respecto de estas últimas, ¿dónde está el límite entre lo aceptable y lo defectuoso?

Algunas leyes de arbitraje limitan los factores de atribución a solamente el dolo y la culpa inexcusable. En mi opinión, ésta es una opción muy sana para no dar apoyo a estrategias intimidatorias de las partes, utilizando la responsabilidad del árbitro como arma de presión. En esta forma, quedan al margen de la responsabilidad los errores sin mayores consecuencias, las pequeñas negligencias o simplemente las diferencias de interpretación en materia controvertible.

El dolo no requiere de mayor explicación y su inserción como criterio de responsabilidad parece perfectamente justificada: dolo cuando el árbitro incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia de una de las partes.

El problema surge con la definición de culpa y, particularmente, de culpa inexcusable. Normalmente, no hay una definición en las leyes de arbitraje. Algunos autores definen la «culpa inexcusable» como una negligencia grave. Pero, parecería que no avanzamos mucho con esta explicación. Hay algunas exquisitas disquisiciones doctrinales que, jugando con las palabras, resultan un clásico ejemplo del círculo vicioso: es inexcusable lo que es grave; y es grave lo que es inexcusable.

¿Qué puede ser, entonces, considerado como negligencia grave tratándose de la conducta del árbitro frente al proceso y a las partes? ¿Cuál es el umbral que, al franquearlo, hace que abandonemos los recintos de la culpa leve y de la culpa a secas para entrar en los dominios de la culpa inexcusable?

Un caso de negligencia inexcusable por omisión sería la falta de fundamentación de las resoluciones y, en particular, del laudo. Otro caso de omisión puede ser la falta de análisis —o simplemente, de tomar en cuenta— los hechos probados por el afectado: ignorar las pruebas actuadas por una de las partes.

Pero, también puede haber una negligencia inexcusable por acción cuando el árbitro comete un grave error de derecho, es decir, cuando hace una interpretación insustentable de la ley: resolver un caso con una interpretación fantasiosa de la ley que no tiene fundamento racional serio.

Sin embargo, el tema de la interpretación merece un especial cuidado. Si partimos del principio de que en Derecho no existen deducciones matemáticas, sino que todo requiere ser evaluado y organizado cualitativamente —antes que cuantitativamente— para poder ser entendido y juzgado, entonces la interpretación es un elemento esencial del razonamiento jurídico y se presenta de manera usual en el Derecho. Como sostenía Kelsen, todas las normas admiten varias interpretaciones y el juzgador tendrá que escoger entre ellas atendiendo a criterios que no están en las normas mismas, sino en la perspectiva con que mira las cosas. Pero, claro está, decir que toda norma tiene varias interpretaciones no significa que tiene todas las interpretaciones imaginables: siempre hay varias interpretaciones posibles; pero, sin perjuicio de ello, la misma norma tiene muchas interpretaciones imposibles porque carecen de justificación racional y resultan contradictorias con el texto y con el concepto generalmente aceptado. Como alguna vez dijo Umberto Eco, si Jack el Destripador nos dice que cometió sus crímenes inspirado en una interpretación del Evangelio según San Lucas, es probable que aun quienes apoyan las líneas más creativas de la interpretación, pensarían que el tal Jack había leído a San Lucas en forma descabellada.

Dentro de este orden de ideas, de ninguna manera deberían admitirse juicios de responsabilidad contra árbitros, simplemente, porque se cuestiona la interpretación de una o de algunas normas utilizadas en el

laudo. La culpa «inexcusable» sólo se configura cuando la interpretación resulta manifiestamente absurda, al punto que su aplicación da un resultado *contra legem*. Pero, si admitiéramos cualquier tipo de objeción a la interpretación del árbitro —incluyendo la peregrina tesis de que las normas no necesitan interpretación— estaríamos autorizando una suerte de revisión sancionatoria en el plano judicial de casi todos los procesos arbitrales; porque muchas veces la parte que ha perdido intentaría demandar al Tribunal Arbitral por daños y perjuicios. En principio, el hecho de que el criterio de interpretación sea simplemente discutible, no origina ningún supuesto de responsabilidad del árbitro.

No debemos, pues, olvidar que en cualquiera de los casos de presunta responsabilidad de los árbitros —no cumplimiento, cumplimiento defectuoso o cumplimiento tardío— sólo puede atribuirse efectivamente responsabilidad si tales incumplimientos son producto del dolo o de la culpa inexcusable. Y tenemos que ser muy estrictos (interpretación restrictiva) en la determinación de lo que puede ser calificado como culpa inexcusable.

Ahora bien, ¿a quién corresponde la carga de la prueba? ¿Es la parte presuntamente dañada quien debe probar la culpa inexcusable o es el árbitro quien, ante el reclamo de la parte, debe demostrar que no incurrió en culpa inexcusable?

En principio, *dolus nunquam praesumitur*. Y sucede que la culpa inexcusable es asimilada para muchos efectos al dolo, de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia. Por consiguiente, debemos pensar que es a la parte que demanda por daños debidos a faltas de responsabilidad del juez quien tiene que probar no sólo la existencia de los daños, sino también la culpa inexcusable del árbitro.

Un caso interesante vinculado al tema de este vocablo arbitral es la eventual responsabilidad de las instituciones que patrocinan el arbitraje.

Como sabemos, hay arbitrajes *ad-hoc* y hay arbitrajes administrados por las Cámaras de Comercio y otras instituciones, tanto internacionales como nacionales. ¿Tienen estas entidades responsabilidad por los actos de los árbitros en arbitrajes administrados por ellas?

Algunas leyes sobre arbitraje incluyen —sin mayor precisión— la responsabilidad de las instituciones arbitrales. Sin embargo, de acuerdo a la teoría de la responsabilidad, éstas tendrían responsabilidad sólo en aquello en que directamente hayan participado.

Podría decirse que por los actos de un mal árbitro responde solidariamente la institución arbitral que lo incluyó negligentemente en su panel de árbitros posibles. Sin embargo, los cargos contra el árbitro tendrían que ser muy notorios para que alcancen a la institución que lo admitió en su nómina de árbitros elegibles; y, por otra parte, si bien ese árbitro se encontraba disponible a juicio de la institución, también hay que considerar que las propias partes eligieron y admitieron los correspondientes árbitros tomándolos de una lista bastante amplia. Por consiguiente, en el nombramiento de los árbitros hay responsabilidad tanto de la institución administradora (en mi opinión, en menor grado) como en las propias partes que los eligieron y/o los aceptaron.

Casos más razonables de responsabilidad de la institución arbitral pueden producirse si ha habido una negligencia de la institución en el nombramiento del árbitro, cuando éste ha sido efectuado sin exigirle la declaración sobre la ausencia de impedimentos para asumir tal función. Más tarde, se encuentra que esa persona tenía una relación familiar, comercial o profesional con una de las partes, lo que provoca su recusación y la anulación de todo lo actuado en el proceso, el cual tiene que recomenzar; y esto genera daños a las partes de los que serían responsables tanto el árbitro recusado como la institución arbitral negligente.

Una pregunta interesante sobre este tema es si la responsabilidad de los árbitros que forman parte de un tribunal es solidaria o independiente.

En principio, si admitimos el origen contractual del arbitraje, debemos pensar que la solidaridad no se presume y que, si no ha sido expresamente establecida, no puede tomarse en cuenta. Ahora bien, cuando se trata de un laudo suscrito por todos los árbitros, cada uno tiene responsabilidad por lo que ha firmado, sin que exista solidaridad entre ellos. El voto singular de un árbitro puede eximirlo de esta responsabilidad si la fundamentación de su voto se refiere precisamente a una discrepancia en aquello que da origen a daños por culpa inexcusable.

Nos queda una pregunta interesante: ¿qué sucede con el laudo, cuando se ha declarado judicialmente la responsabilidad por daños y perjuicios de los árbitros, por haber planteado una interpretación razonablemente inaceptable de la ley?

Pienso que si tal laudo está afecto a las causales de nulidad y es declarado nulo por el Poder Judicial, no cabe duda de que es preciso laudar de nuevo. Pero, si no se interpuso recurso de anulación contra el laudo dentro del término correspondiente, éste queda incólume, aunque se haya determinado posteriormente la responsabilidad de los árbitros por haber basado su laudo en una interpretación fantasiosa o corrupta.

(Autor: Fernando de Trazegnies.
Catedrático de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral. Responsabilidad de la institución arbitral.

Revisión del laudo

La «impugnación» es la actividad de las partes que tiende a depurar los posibles errores producidos en una resolución judicial o en un laudo arbitral. La impugnación comprende dos instituciones procesales, los recursos y las acciones autónomas de impugnación. La diferencia esencial entre ambas instituciones radica en que así como los recursos se

producen dentro del mismo proceso en que la resolución que se impugna ha sido dictada, las acciones autónomas se ejercitan en un proceso distinto, establecido con tal finalidad y tienen por objeto dejar sin efecto resoluciones firmes, en nuestro caso laudos firmes, que han pasado en autoridad de cosa juzgada.

Estas acciones excepcionales tienen su fundamento en razones de justicia. Si es cierto que con la firmeza (o irrecurribilidad) y la cosa juzgada se pretende garantizar la seguridad jurídica, que es un valor de la mayor importancia, no lo es menos que existen circunstancias que justifican que se someta a revisión y, en su caso, se rescindan sentencias o laudos que han sido dictados injustamente. La revisión pertenece, entre otras, a la categoría de las acciones autónomas de impugnación de resoluciones firmes y procede contra cualquier sentencia o laudo firme, cuando concurran los motivos que se tratarán más adelante.

La Ley de Arbitraje del 2003 (LA) regula la impugnación en su Título VII, que lleva por leyenda «De la anulación y de la revisión del laudo». Este Título comprende dos acciones diferentes, de importancia también distinta. Si seguimos la terminología que emplea la ley, la acción de anulación procede contra los laudos «definitivos», mientras que la revisión lo hace contra los laudos «firmes». La LA lleva a cabo una equiparación no muy afortunada entre las resoluciones arbitrales y las jurisdiccionales. Si la acción de anulación da lugar a un proceso de impugnación, no a un recurso en sentido estricto, el que denomina la ley laudo «definitivo» es, en realidad un laudo firme, en tanto y en cuanto contra el laudo «definitivo» no cabe «recurso» alguno.

Sentada la anterior precisión, es más difícil explicar, entonces, la diferencia existente entre la procedencia de la acción de nulidad y la de la acción de revisión. Y ello porque ambas serían pertinentes contra laudos «firmes». Desde luego que esta consecuencia no es la pretendida por el legislador. Está claro que la LA distingue la nulidad de la revisión y parece clara, también, la determinación de cuáles laudos son susceptibles de ser impugnados mediante una vía u otra.

Prescindiendo de la terminología legal, podemos afirmar que por laudo «definitivo» es preciso entender sencillamente aquél que pone término a las actuaciones arbitrales, resolviendo sobre el fondo de la controversia, sin más; y que ese laudo —ya sea total o parcial— como aquellos laudos (parciales) que resuelven sobre cuestiones diferentes al fondo de la controversia, sobre los que la LA admite expresamente el ejercicio de la acción (artículos 22.3 y 23.2), pueden ser impugnados mediante el ejercicio de la acción de nulidad. Además, en nuestra opinión, también son impugnables los laudos donde se recoja una renuncia, un allanamiento o un acuerdo entre las partes (artículo 36 LA).

Una vez que el proceso de anulación finalice mediante sentencia firme (total o parcialmente desestimatoria de la acción de nulidad) o bien, una vez transcurrido el plazo para ejercitar la acción de anulación sin haber hecho uso de ese medio de impugnación, el laudo devendrá «firme», conforme a la terminología de la LA. Pues bien, ese laudo, contra el que no cabe ejercitar ya la acción de anulación, es susceptible de revisión.

En nuestra opinión, la LA parece estar pensando en la posibilidad de revisar únicamente los laudos (totales o parciales) que se pronuncian sobre el fondo de la controversia, siendo dudoso que la revisión proceda contra los laudos de otra naturaleza, en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). De entrada, y de acuerdo con esta remisión, la revisión del laudo deberá plantearse ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (artículo 56.1 Ley Orgánica del Poder Judicial —LOPJ—) o ante las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, como Salas de lo Civil [artículo 73.1 b) LOPJ], conforme a lo dispuesto en la LOPJ, es decir, según la naturaleza común o foral o especial, respectivamente, de la materia controvertida en el arbitraje (artículo 509 LEC).

Podrá solicitar la revisión quien hubiera sido parte perjudicada por el laudo firme impugnado (*ex* artículo 511 LEC) y, a nuestro parecer, el

Ministerio Fiscal, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 3 Estatuto Orgánico del Poder Judicial (EOMF).

La revisión deberá fundarse en alguno de los motivos del artículo 510 LEC, siendo de aplicación relativamente sencilla al arbitraje los números 1º [cuando después de pronunciado el laudo, se recobraran u obtuvieran documentos decisivos, de los que no se hubiera podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiera dictado]; 2º [si el laudo hubiera recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad se declarara después penalmente]; y 4º [si el laudo se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta]. Por el contrario, es más que dudosa la aplicación del motivo 3º [si el laudo hubiera recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que le sirvieron de fundamento], y ello porque el artículo 458 Código Penal (CP), al que se remite el artículo 459 CP respecto de los peritos, sanciona únicamente el falso testimonio prestado en «causa judicial».

La revisión debe solicitarse dentro de los plazos, absolutos y relativos, previstos en el artículo 512 LEC. Para el cómputo del primero, la LEC marca como momento inicial el de «la fecha de la publicación de la sentencia», expresión que deberemos entender referida a la fecha en que el laudo se hubiera dictado. Respecto del segundo, la ley establece que la revisión se podrá solicitar siempre que no hayan transcurrido tres meses desde el día en que se descubrieron los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiera reconocido o declarado la falsedad.

Para la revisión de los laudos habrán de seguirse también las reglas de procedimiento previstas en la LEC, particularmente las establecidas en los artículos 513 y 514. La aplicación del último precepto a la impugnación de un laudo firme plantea algunos problemas. Así, cuando el

artículo 514.1 LEC dispone que, admitida la demanda de revisión, «el Secretario judicial solicitará que se remitan al Tribunal todas las actuaciones del pleito cuya sentencia se impugne», es preciso entender que el Secretario judicial habrá de reclamar el expediente arbitral a los árbitros. Pero, como quiera que los árbitros sólo tienen la obligación de conservarlo durante dos meses, salvo que las partes acordaran otra cosa (artículo 38.3 LA), y habida cuenta de que la revisión puede solicitarse hasta cinco años después de dictado el laudo, la previsión del artículo 514.1 LEC puede ser de imposible o difícil cumplimiento, con la excepción, quizás, de los arbitrajes institucionales, en los cuales la conservación de las actuaciones arbitrales es más prolongada, pues se lleva a cabo conforme a los criterios de la correspondiente Corte Arbitral. Atendidas estas dificultades, parece razonable que a la demanda de revisión se acompañe, al menos, el laudo arbitral, además de aquellos otros documentos en que se fundamente la impugnación (*ex* artículo 510 LEC), y el documento justificativo de haber efectuado el depósito a que se refiere el artículo 513.1 LEC. Con la demanda de revisión también habrá de acompañarse el justificante del pago de la tasa judicial conforme al modelo oficial, dado que según el artículo 35.cuatro.1 a) de la Ley n.º 53/2002 de 30 de diciembre de 2002, de Medidas fiscales, administrativas y del orden social, «el devengo de la tasa se produce en el orden jurisdiccional civil, en los siguientes momentos procesales: a) Interposición del escrito de demanda» y el artículo 514.1 LEC habla de «presentada y admitida la demanda de revisión». Asimismo, el Secretario judicial, una vez admitida la demanda y solicitadas las actuaciones, emplazará a cuantos en el pleito (entiéndase en el procedimiento arbitral) hubieren litigado, o a sus causahabientes, para que dentro del plazo de 20 días contesten la demanda, sosteniendo lo que convenga a su derecho (artículo 514.1 LEC). Contestada la demanda de revisión o transcurrido el plazo anterior sin haberlo hecho, se dará a las actuaciones la tramitación establecida para los juicios verbales (artículo 514.2 LEC). En todo caso, el Ministerio Fiscal deberá informar sobre la revisión antes de que se dicte sentencia sobre si ha o no lugar a la estimación de la demanda (artículo 514.3 LEC). Si se suscitaren cuestiones prejudiciales penales durante la

tramitación de la revisión, se aplicarán las normas generales establecidas en el artículo 40 LEC sobre prejudicialidad penal, sin que opere ya el plazo absoluto de cinco años previsto en el artículo 512.1 LEC.

También será aplicable a la revisión de los laudos firmes lo establecido en el artículo 515 acerca de la posible suspensión de la ejecución, en los términos establecidos en el artículo 566 LEC.

Con todo, el principal problema que suscita la aplicación de las normas de la revisión es la eficacia de la sentencia estimatoria, habida cuenta de que la revisión tiene tan sólo un efecto rescindente. Así, dispone el artículo 516.1 LEC que los autos se devolverán «al tribunal del que procedan para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente». Trasladada esta regulación al arbitraje, resulta que el Tribunal Supremo (o Tribunal Superior de Justicia) tendría que remitir las actuaciones a los árbitros, para que ante ellos se llevara a cabo el juicio rescisorio. Pero, como quiera que la temporalidad de las facultades de los árbitros hace imposible retrotraer las actuaciones, las partes, por tanto, sólo podrán acudir a un nuevo arbitraje, si se entendiera vigente el convenio arbitral (salvo renuncia, con lo cual, quedaría expedito el cauce ante la jurisdicción ordinaria) o a la jurisdicción ordinaria, teniendo en cuenta que el tribunal (arbitral o judicial) que conozca de la controversia estará vinculado por los pronunciamientos de la sentencia de revisión (artículo 516.1 II LEC).

Contra la sentencia dictada por el Tribunal Supremo o el Tribunal Superior de Justicia cabrá «recurso» de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 44 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional —LOTC—).

(Autor: Rafael Hinojosa Segovia. Profesor Titular de la U. Complutense de Madrid. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Claros Alegría, Pedro. «De la anulación y de la revisión del laudo». En *Comentarios a la Ley de Arbitraje. Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre.* Hinojosa Segovia, Rafael (Coord.). Madrid: Difusión Jurídica

y Temas de Actualidad, S.A. 2008, 2.ª Ed., pp. 276-278; Cucarella Galiana, Luis Andrés. *El procedimiento arbitral (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003 de Arbitraje)*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2004, pp. 230-244. Hinojosa Segovia, Rafael. «De la anulación y de la revisión del laudo (Arts. 40-43)». En *Comentario a la Ley de Arbitraje* (Coordinadores Alberto de Martín Muñoz y Santiago Hierro Anibarro). Madrid: Marcial Pons, 2006, pp. 569-571). Hinojosa Segovia, Rafael. «El control del laudo. Acciones de anulación y de revisión». En *Curso de Derecho Arbitral* (Director José Fernando Merino Merchán). Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 232-235. Hinojosa Segovia, Rafael y Antonio Hierro Hernández-Mora. «Arbitraje Comercial Internacional en España: Marco legal y jurisprudencial». En *El Arbitraje Comercial Internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. Conejero Roos, Cristian; Antonio Hierro Hernández-Mora; Valeria Macchia y Carlos Soto Coaguila. La Ley Grupo Wolters Kluwer y Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, 2009, pp. 405-406. Merino Merchán, José F. y José M.ª Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral*. Navarra: Thomson-Cívitas, 2006, pp. 745-755.

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Control judicial (del arbitraje). Cosa juzgada. Cosa juzgada del laudo arbitral. Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral. Firmeza del laudo arbitral. Impugnación del laudo arbitral. Jurisprudencia arbitral. Justicia ordinaria. Laudo. Renuncia a la impugnación del laudo arbitral.

S

Sede del arbitraje

La determinación del lugar del arbitraje (referencia fáctica) o sede arbitral (referencia jurídica) corresponde *prima facie* a la autonomía de la voluntad de las partes, plasmada en la cláusula compromisoria, en el arbitraje comercial internacional. La sede del arbitraje es, así, el lugar geográfico elegido por las partes que determina, entre las consideraciones más relevantes, la ley rectora del procedimiento y de las normas que dan validez a lo actuado por los árbitros, la nacionalidad del laudo, la ley aplicable a la solución de la controversia y la jurisdicción del Estado

cuyos tribunales deberán conocer la acción de anulación del laudo. Conectado a lo anterior, indicar que, incluso, un laudo arbitral puede ser anulado si el lugar del arbitraje no se corresponde con el pactado por las partes en su convenio arbitral.

La determinación de la sede arbitral sigue ocupando una capital importancia, a pesar de las tendencias proclives a la «a-nacionalidad» o pérdida de significado de la determinación de la sede en los arbitrajes internacionales (*arbitration unbound*) y, particularmente, en materia de arbitraje de inversión. La elección de la sede o lugar del arbitraje es, además, relevante para que éste pueda ser considerado como arbitraje internacional, dado que, entre otros criterios, se estará al lugar del arbitraje, cuando esté situado fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios (artículo3.1 b) Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003 o de Arbitraje, en adelante LA).

No obstante, la determinación por las partes de un determinado lugar como sede arbitral no conlleva que todas las actividades del arbitraje deban de celebrarse en dicho sitio, atendiendo a razones de economía procesal. La práctica generalidad de los Reglamentos de Arbitraje consagra la discrecionalidad del Tribunal Arbitral en este punto, de forma que las deliberaciones puedan llevarse a cabo en cualquier lugar e, incluso, los árbitros no están obligados a reunirse físicamente en el lugar del arbitraje pactado. Dentro de esta discrecionalidad, tanto la Ley Modelo de la UNCITRAL como el Reglamento de Arbitraje de la UNCITRAL del 2010 (RAU) consideran que el tribunal arbitral podrá, salvo acuerdo en contrario de las partes, reunirse en cualquier lugar que estime apropiado para celebrar deliberaciones entre sus miembros, para oír testigos, a los peritos o a las partes, o para examinar mercancías u otros bienes o documentos. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 26.2 LA.

Si la sede no está fijada en el convenio arbitral, las posibles desavenencias entre las partes pueden resolverse por el propio tribunal arbitral (artículo 20.1º Ley Modelo UNCITRAL sobre Arbitraje Comercial Interna-

cional de 1985 LMU) o por la institución administradora del arbitraje si estuviere previsto en el correspondiente Reglamento de Arbitraje. Así, por ejemplo, en el arbitraje ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (artículo 14, 1º Reglamento CCI), o como señala el artículo 26.1 LA en relación con las situaciones en que las partes no han acordado el arbitraje, el lugar se determinará por los árbitros, atendidas las circunstancias del caso y la conveniencia de las partes. No obstante, en ciertas modalidades de arbitraje se limita la autonomía de la voluntad de las partes. Así, por ejemplo, en el artículo 22.5º del Convenio de las NNUU sobre transporte marítimo de Mercancías de 1978 (Reglas de Hamburgo), se fijan una serie de prescripciones para la fijación de la sede arbitral, a elección del demandante, entendiendo que las mismas forman parte de la cláusula compromisoria y declarando nula cualquier estipulación incompatible con tales reglas. Del mismo modo, véase el Convenio de 2008 sobre transporte parcial o totalmente marítimo de mercancías (Reglas de Hamburgo), que España recién acaba de depositar su instrumento de ratificación.

Entre los factores tenidos en cuenta para la elección del lugar del arbitraje, las «Notas UNCITRAL sobre procedimiento arbitral» de 1996, destacan los siguientes: la idoneidad de la ley del lugar del arbitraje en lo relativo al procedimiento arbitral, la existencia de un tratado en vigor entre el Estado en el que tenga lugar el arbitraje y el Estado o Estados donde quizá haya de ejecutarse el laudo, asimismo, debe tenerse en cuenta la ubicación del objeto de la controversia y la proximidad de las pruebas. No es casualidad, en este sentido, que las partes quieran alojar el arbitraje en sedes donde sus Leyes procesales les aseguren que los tribunales estatales pueden asistirles y les asegure la menor interferencia posible en el desenvolvimiento del procedimiento arbitral.

Finalmente, la sede o lugar del arbitraje constituye, en la generalidad de los supuestos, el criterio de competencia judicial para la anulación del laudo. Así, por ejemplo, se prevé en el artículo IX de la Convención de Ginebra de 1961 sobre Arbitraje Comercial Internacional (CG), en el

Artículo V del Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 sobre el reconocimiento y ejecución de las Sentencias arbitrales extranjeras CNY) y artículo 1.2º LMU.

(Autoras: Pilar Perales Viscasillas. Catedrática de Der. Mercantil. U. Carlos III de Madrid).
Susana Pérez Escalona (Profesora de Derecho Mercantill. U. de La Rioja).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Perales Viscasillas. *Arbitrabilidad y Convenio Arbitral.* Navarra: 2005; Id., Place of Arbitration (article 16) and Language of Proceedings (article 17) in the UNCITRAL Arbitration Rules: some Proposals for a Revision. Croatian Arbitration Yearbook, 2006, vol.13, pp. 205-222. Verdera y Tuells. «La elección del lugar y el idioma en el procedimiento arbitral». *Revista de LA Corte Española de Arbitraje,* vol. XI, 1995, pp. 35 y ss. Fernández Rozas. «El arbitraje comercial internacional entre al autonomía, la anacionalidad y la deslocalización». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LVII, 2005 y ss. Cuartero Rubio. *El recurso de anulación contra el laudo arbitral en el arbitraje comercial internacional.* Madrid, 1997. Virgos Soriano. «Arbitraje internacional y Convenio de Nueva York de 1958». *La Ley-RELJ*, 2 (2007), pp. 1682 y ss.

VOCABLOS CONEXOS: Cláusula compromisoria. Convenio arbitral. Laudo arbitral. Reconocimiento y ejecución del laudo. Anulación del laudo.

Sentencia arbitral (ver «Laudo»)

Separabilidad del convenio arbitral

La separabilidad del convenio arbitral hace referencia a la autonomía material del convenio arbitral con respecto al contrato principal, aun cuando el convenio arbitral esté integrado en el contrato principal.

La consecuencia de la separabilidad del convenio arbitral es que toda alegación de nulidad (o inexistencia) del contrato principal no afecta la validez y eficacia del convenio arbitral. La nulidad (o inexistencia)

del contrato no puede ser alegada por una de las partes para oponerse al arbitraje porque el convenio arbitral es «separable» del contrato principal.

Por lo tanto, el contencioso relativo a dicha nulidad (o inexistencia) del contrato principal podrá y deberá ser sometido al arbitraje en aplicación del convenio arbitral.

Es el principio de separabilidad del convenio arbitral que permite a los árbitros pronunciarse sobre la validez de la cláusula compromisoria en virtud del principio *kompetenz-kompetenz.* Existe una estrecha complementariedad entre ambos principios.

El principio de la separabilidad del convenio arbitral tiene, sin embargo, algunos límites. Cuando la causa invocada de nulidad del contrato principal es, por ejemplo, la incapacidad de una parte o la violencia (la compulsión ejercida sobre una persona para determinarla a celebrar un acto), el convenio arbitral es susceptible de ser afectado por la misma causa de nulidad que el contrato principal. Es este caso, en virtud del principio *kompetenz-kompetenz,* el árbitro es competente para determinar si esta causa de nulidad afecta o no la validez del convenio arbitral. Pero, si el árbitro considera que el convenio arbitral está afectado por esta causa de nulidad, entonces no será competente para resolver el fondo del asunto.

De origen francés (sentencia *Gosset* de la Cour de Cassation de 7 de mayo de 1963), la separabilidad del convenio arbitral es hoy reconocida en casi todas las jurisdicciones.

La Ley Modelo UNCITRAL consagra este principio en su artículo 16.1 en los términos siguientes: «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».

El principio de separabilidad del convenio arbitral está recogido en el artículo 22.1 de la Ley española de arbitraje, según el cual «el convenio arbitral que forme parte de un contrato se considerará como un acuerdo independiente de las demás estipulaciones del mismo. La decisión de los árbitros que declare la nulidad del contrato no entrañará por sí sola la nulidad del convenio arbitral».

El artículo 6(4) del Reglamento de la CCI también prevé que «salvo estipulación en contrario y siempre y cuando haya admitido la validez del acuerdo de arbitraje, el Tribunal Arbitral no perderá su competencia por causa de pretendida nulidad o inexistencia del contrato. El Tribunal Arbitral conservará su competencia, aun en caso de inexistencia o nulidad del contrato, para determinar los respectivos derechos de las partes y pronunciarse sobre sus pretensiones y alegaciones».

Debido a su carácter universal, muchos laudos han considerado que la separabilidad del convenio arbitral es un principio general del derecho del arbitraje internacional, sin necesidad de referirse a ninguna ley nacional para justificarla (ver, por ejemplo, los destacados laudos *Texaco c/ Libia*, *LIAMCO c/ Libia* y *Elf c/ NIOC*, dictados en los años 1970 o principios de los años 1980).

(Autora: Anne-Carole Cremades. Schellenberg Wittmer, Ginebra).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS. De Benito, Marco. «Asimetría, separabilidad, sinalagma». *Spain Arbitration Review* n.º 5/2009, p. 141.

VOCABLOS CONEXOS. Autonomía de la cláusula arbitral. *Kompetenz-kompetenz.* Principios generales del Derecho.

Sistema monista *versus* sistema dualista

En la regulación del arbitraje se distinguen estos dos sistemas: el monista y el dualista. El primero apunta, salvo contadas excepciones, a una misma y única regulación del arbitraje nacional, interno o doméstico (véase «arbitraje nacional») y del internacional (véase «arbitraje internacional»); mientras que en virtud del segundo existe una regulación diferenciada y distinta para cada uno de estos dos tipos de arbitraje.

Pues bien, podemos afirmar que actualmente existe una tendencia generalizada a unificar la regulación del arbitraje interno y del internacional, esto es, existe una tendencia a la implantación de sistemas monistas. En ésta ha resultado crucial la Ley Modelo (véase «Ley Modelo UNCITRAL»), pues, aun circunscribiendo su ámbito de aplicación al arbitraje comercial internacional (véase «arbitraje comercial internacional»), al haber tenido en cuenta y considerado las diferentes tradiciones jurídicas europeo-continental y anglosajona, ha venido siendo adoptada por los diferentes Estados a la hora de regular los arbitrajes internos e internacionales.

Téngase en cuenta lo pergeñado, en este orden de consideraciones, por la Secretaría de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su nota explicativa acerca de la Ley Modelo (Segunda Parte): «Si bien se ha concebido para regir casos de arbitraje comercial internacional, la Ley Modelo contiene un repertorio de normas básicas que, de por sí, no son inadecuadas para regular casos de arbitraje de otra índole. Así pues, tal vez los Estados deseen considerar la posibilidad de hacer extensivo el ámbito de aplicación de la Ley Modelo a las controversias en el plano interno, como ya lo han hecho varios Estados promulgantes».

Así, no sólo —circunscribiéndonos en la Europa continental— países como España han optado (en concreto, mediante la Ley n.º 60/2003

de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje) por incorporar o proyectar el régimen del citado texto de *soft law* tanto a los arbitrajes internos como a los internacionales, sino también lo han hecho —ahora dentro del ámbito europeo anglosajón y refiriéndonos a las más recientes incorporaciones— países como Irlanda (*Arbitration Act 2010*, number 1 of 2010 de 8 de marzo de 2010).

Y circunscribiéndonos al ámbito iberoamericano, igualmente podríamos citar como ejemplos de modelos monistas el caso de Argentina (artículo 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación), Bolivia (Títulos I y II de la Ley de Arbitraje y Conciliación n.º 1770), Brasil (artículo 34 de la Ley de Arbitraje n.º 9307 de 23 de septiembre de 1996), El Salvador (artículo 3 de la Ley de Mediación Conciliación y Arbitraje, aprobada por el Decreto Legislativo n.º 914 del 11 de julio de 2002), Guatemala (artículo 1 del Decreto 67-95), Honduras (artículo 27 de la Ley de Conciliación y Arbitraje aprobada por Decreto n.º 161-2000), México (Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio), Nicaragua (artículo 22 de la Ley de Mediación y Arbitraje n.º 540, aprobada el 25 de mayo de 2005), Panamá (Decreto Ley n.º 5 de 8 de julio de 1999, sobre Arbitraje, Conciliación y Mediación), Paraguay (artículo 1 de la Ley sobre Arbitraje y Mediación n.º 1879 de 24 de abril de 2002), Perú (artículo 13.7 del Decreto Legislativo n.º 1071 de 27 de junio de 2008, sobre Arbitraje), República Dominicana (artículo 1 de la Ley Arbitral n.º 489 de 2008) y de Venezuela (el artículo 11 de la Ley de Arbitraje Comercial de 7 de abril de 1998 no hace distinción entre interno e internacional).

No obstante lo anterior, no es menos cierto que países de fuerte tradición arbitral, como Francia, han optado por la solución dualista; solución que no ha sido modificada por el reciente Decreto n.º 2011-48 de 13 de enero de 2011. Esta solución dualista también ha sido adoptada por países iberoamericanos como Costa Rica. En efecto, si bien Costa Rica (en virtud de su Ley n.º 7727) no contemplaba un criterio de internacionalidad, hay que advertir que recientemente ha sido aprobada

la Ley n.º 8937 de 27 de abril de 2011, sobre Arbitraje comercial internacional, basada en la Ley Modelo UNCITRAL que, sin embargo, ha optado por la solución dualista.

(Autora: Diana Marcos Francisco. Profesora de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: AA.VV. C. Conejero Roos, Hierro Hernández-Mora, A. Macchia, V. y C. Soto Coaguila (Coord.). *El arbitraje comercial internacional en Iberoamérica. Marco legal y jurisprudencial*. La Ley, 2009. Barona Vilar, S. «Introducción». En AA.VV. *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre de 2003)*, Barona Vilar, S. (Coord.). Madrid: Thomson-Cívitas, 2004, pp. 45-73. Esplugues Mota, C. «Comentario al artículo 3. Arbitraje internacional». En AA.VV. *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley n.º 60/2003, de 23 de diciembre)*, Barona Vilar, S. (Coord.). Madrid: Thomson-Cívitas, 2004, pp. 146-170. Hutchinson, B. «Dispute Resolution». En Hussey, A. y D. Keane, (Ed.). *Construction Projects: Law and Practice (2008 Update)*. Dublin: Roundhall Thomson Reuters.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje comercial. Arbitraje comercial internacional. Arbitraje internacional. Arbitraje nacional. Ley Modelo UNCITRAL.

Sistema SOLVIT

SOLVIT es un sistema informal y gratuito de solución de problemas transfronterizos que puedan afectar a ciudadanos y empresas europeos en el ejercicio de sus derechos relativos al mercado interior. De tal manera que SOLVIT puede resolver, sin necesidad de emprender acciones judiciales, las dificultades surgidas por la posible aplicación incorrecta de la legislación por parte de las instancias públicas de otros Estados miembros. SOLVIT no es, por tanto, una oficina de información o asesoría jurídica; no se ocupa de problemas entre empresas o entre consumidores y empresas ni de quejas sobre las instituciones de la UE.

La base de datos SOLVIT está gestionada por la Comisión Europea. De hecho, los principios para la utilización de la Red SOLVIT fueron

establecidos por la Recomendación de la Comisión Europea de 7 de diciembre de 2001. El Servicio de Orientación a los Ciudadanos y el Servicio de Orientación a las Empresas de la Comisión Europea prestan labores de asesoramiento a título informativo.

Los centros SOLVIT se encuentran en todos los Estados miembros del Espacio Económico Europeo (los miembros de la UE, más Noruega, Islandia y Liechtenstein) y son los encargados de abordar los casos que se les presentan.

SOLVIT funciona del siguiente modo: cuando se presenta un caso a SOLVIT, el Centro SOLVIT del país (denominado «Centro SOLVIT de origen») revisará el contenido de la solicitud para cerciorarse de que se trata de un caso de aplicación incorrecta de la legislación del mercado interior y de que se ha ofrecido toda la información necesaria. A continuación, el Centro introducirá el caso en un sistema de bases de datos en línea y aquél será enviado automáticamente al Centro SOLVIT del otro Estado miembro en el que se ha producido el problema (denominado «Centro SOLVIT responsable»). El Centro SOLVIT responsable deberá confirmar, en el plazo de una semana, si se encargará de su caso. Ello dependerá en gran medida de si considera que la presentación del caso está justificada y de si resulta probable que pueda resolverse de manera pragmática. En determinados casos el problema puede residir en la propia norma jurídica, y no sólo en su aplicación. Cuando la solución de un problema exija la derogación de una norma concreta, puede llevar mucho más tiempo y, posiblemente, exigir una acción judicial formal. En tales casos, SOLVIT no puede hacer gran cosa, aunque un Estado miembro que ha aceptado modificar una norma impugnada puede optar por renunciar a aplicarla. El plazo para hallar una solución al problema es de diez semanas.

Los dos centros SOLVIT trabajarán conjuntamente para tratar de solucionar el problema; el Centro SOLVIT de origen mantendrá al interesado siempre informado de la evolución y la solución propuesta.

SOLVIT constituye lo que denominamos un mecanismo alternativo de solución de conflictos, que funciona con mucha más rapidez que en el caso de presentación de una reclamación formal. El solicitante no está obligado a aceptar la solución que se le proponga, pero no puede recusarla formalmente a través de SOLVIT. No obstante, en caso de que no se resuelva el problema o de que considere que es inaceptable la solución propuesta, aún puede emprender una acción judicial ante un tribunal nacional o presentar ante la Comisión Europea una reclamación formal.

SOLVIT se ocupa, en principio, de cualquier problema transfronterizo entre una empresa o un ciudadano y una autoridad pública nacional que obedezca a la posible aplicación incorrecta de la legislación comunitaria. Las áreas que ha abordado fundamentalmente SOLVIT hasta el momento son las siguientes: acceso a la educación, controles fronterizos, acceso de los productos al mercado, acceso de los servicios al mercado, establecimiento como trabajador por cuenta propia, contratación pública, fiscalidad, libre circulación de capitales o pagos, permisos de residencia, derecho de voto, seguridad social, derechos en el ámbito laboral, permiso de conducción, matriculación de vehículos de motor, reconocimiento de titulaciones o de cualificaciones profesionales. Esta lista no es exhaustiva. SOLVIT estudiará todos los casos que respondan a los criterios expuestos. No obstante, dado que SOLVIT ofrece un planteamiento informal de la resolución de problemas, no debe utilizarse en situaciones en las que ya están en marcha procedimientos judiciales.

SOLVIT se compromete firmemente a dispensar a los ciudadanos y las empresas un servicio de primer orden. Por esa razón, los centros SOLVIT han acordado cumplir determinadas normas importantes de calidad y rendimiento en la resolución de problemas. Según dichas normas, el servicio que se recibirá consistirá en lo siguiente: puede dirigirse a su Centro SOLVIT por teléfono, fax o correo electrónico en horario de oficina; recibirá una respuesta rápida a sus preguntas. Si se trata de

un problema al que SOLVIT puede responder, el Centro SOLVIT realizará un primer análisis del caso y le comunicará lo antes posible si se puede presentar a esta red. Cuando su caso se introduzca en el sistema SOLVIT en línea, recibirá una breve notificación del Centro SOLVIT. Si el Centro SOLVIT del país en que se produjo el problema acepta tratar de resolverlo, el plazo de resolución es de diez semanas. Si se llega a una solución, recibirá asesoramiento específico acerca de lo que debe hacer para beneficiarse de la solución propuesta. En caso de que, pese al empeño de SOLVIT, la red no pueda resolver el caso, el Centro SOLVIT tratará de ayudar a encontrar otro modo de resolver el problema. Cuando un ciudadano o empresa desea presentar un problema a SOLVIT, se solicitan todos los datos relacionados con el caso, como el nombre y los datos de contacto de la persona u organización que presenta el problema. También se añadirán al archivo de la base de datos los documentos relacionados con el caso, cuando se disponga de ellos. Estos datos son necesarios para que los centros SOLVIT competentes traten de resolver de manera eficaz el problema. Los datos se emplearán únicamente para resolver el problema, para el control de calidad del servicio prestado y, en determinados casos, según la materia de que se trate, como base documental para abordar los problemas estructurales del funcionamiento del mercado interior.

Debido a que SOLVIT tiene por objeto resolver problemas específicos de ciudadanos o empresas, en la mayoría de los casos será muy difícil obtener un resultado positivo si no se conocen los detalles concretos del caso, entre ellos, datos personales como los de contacto. No obstante, el sistema permite abordar casos en los que los datos personales del cliente no se dan a conocer al denominado Centro SOLVIT responsable, que se ocupa de resolver el problema. En estos casos únicamente el Centro SOLVIT de origen puede acceder a los datos que permiten identificar al cliente.

Únicamente pueden acceder a los datos personales relativos a un caso específico las siguientes personas: las encargadas de su gestión en el Centro SOLVIT nacional y aquéllas que en la Comisión tengan com-

petencias en el caso; los funcionarios relacionados con el caso en la institución pública que es objeto de queja (que no tendrán acceso directo a la base de datos); y el equipo de apoyo técnico de la Comisión, en caso de que surjan dificultades técnicas en relación con la base de datos. Cuando SOLVIT deba remitir el caso a otra red u organismo de resolución de problemas, se informará a los interesados y se les pedirá su autorización para la transferencia de los datos.

Los datos personales se mantendrán en la base de datos durante tres años, una vez concluido el caso. De este modo será posible hacer un seguimiento, en caso de que tras la conclusión del caso haya novedades. Tres años después se destruirán todos los datos personales y la información del caso únicamente se guardará de manera anónima con fines estadísticos. No obstante, los documentos justificantes que formen parte del expediente del caso y puedan contener datos personales se conservarán todo el tiempo necesario, con el fin de abordar problemas de carácter más estructural de funcionamiento del mercado interior, salvo que el solicitante se oponga a que continúen utilizándose sus datos con tal fin. En ese caso, los documentos justificantes también serán eliminados de la base de datos, tres años después de la conclusión del caso.

La base de datos SOLVIT está protegida mediante una serie de medidas técnicas. Cada ciudadano o empresa que haya presentado un problema a SOLVIT puede solicitar al Centro SOLVIT de origen que se ocupa de su caso una recopilación de todos sus datos registrados, así como la rectificación o eliminación de los datos incorrectos.

Está disponible un buzón que se utiliza específicamente para todas las consultas relativas a SOLVIT destinadas a la Comisión Europea. Los funcionarios encargados del buzón del servicio de la Comisión competente tratarán los datos personales únicamente en la medida necesaria para responder a la consulta. Si dicho servicio no puede responder, remitirá su mensaje a otro servicio de la Comisión; cada ciudadano o empresa será informado de ello mediante un mensaje. No se transmiten

mensajes a ninguna persona ajena a la Comisión, pero, en caso de que el mejor modo de satisfacer la consulta consista en un contacto con un tercero, se le aconsejará que realice directamente dicho contacto. Los mensajes y los datos correspondientes se almacenarán el tiempo necesario para responderlos y, en función de la materia, para todo seguimiento que sea preciso después de la respuesta inicial.

Si alguien desea recibir regularmente información sobre SOLVIT, puede suscribirse a su lista de distribución electrónica. En todos los mensajes informativos se indicará el modo de darse de baja de la lista. El acceso a la lista de distribución está limitado al servicio responsable de SOLVIT de la Comisión. Las direcciones electrónicas de la lista no se difundirán entre otros servicios de la Comisión ni entre terceros para fines de comercialización directa.

La Comisión Europea gestiona la base de datos, el buzón electrónico y la lista de distribución SOLVIT.

Una amplia información sobre SOLVIT se recoge en la página web http://ec.europa.eu/solvit/site/index es.htm.

(Autora: Cristina Hermida del Llano. Prof. Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Rey Juan Carlos de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Calvo Caravaca, A.L. y L. Fernández de la Gandara. *El arbitraje comercial internacional*. Madrid: Tecnos, 1989. Hermida del Llano, C. «El arbitraje y Derecho Comunitario Europeo (a propósito de la solución extrajudicial de conflictos en el marco de ordenamientos supranacionales en mercados únicos)», Capítulo 21 del libro colectivo *El Arbitraje en las distintas áreas del Derecho*. Segunda Parte. Collantes González, Jorge Luis (Dir.). Lima: Estudio Mario Castillo Freyre-Palestra Editores, 2007, pp. 317-319. Navarro Contreras, E. *La ampliación de Europa y el Derecho del comercio internacional: los Acuerdos Europeos*. Granada: Ahulia, 2002.

VOCABLOS CONEXOS: *Alternative Dispute Resolution* (ADR). Arbitraje internacional. Globalización.

Sumisión al arbitraje (expresa y tácita)

Podemos definir la sumisión a arbitraje como la voluntad manifiesta o presunta de las partes para someter sus diferencias a un procedimiento arbitral.

En España, la sumisión, tanto expresa como tácita, se regula en el artículo 9 de Ley de Arbitraje (LA).

La sumisión expresa tiene su máxima expresión en aquellos supuestos en los que adopta la forma de cláusula incorporada a un contrato o acuerdo independiente, en el que se manifiesta 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.

Así, la LA establece 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; no obstante, la Jurisprudencia española ha venido considerando que la clave para entender si el convenio es o no válido no radica en la utilización de determinadas fórmulas sacramentales, sino en la prueba de la voluntad inequívoca de las partes de someter sus diferencias a arbitraje, tal y como ha defendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de fecha 9 de mayo de 2003.

Por lo que respecta a la sumisión tácita, la misma viene regulada en el apartado 5 del artículo 9 LA, en la que se establece que el cruce de los escritos de demanda y contestación con sometimiento a arbitraje será suficiente para entender que se cumple la voluntad de las partes de dilucidar sus controversias mediante dicho mecanismo, y renunciando así a otros pactos de sumisión a Juzgados o Tribunales o dejando sin efecto el fuero jurisdiccional previsto por la Ley.

Desde el punto de vista del arbitraje internacional, merecen destacarse algunas previsiones en torno al Convenio CIADI, que en su preámbulo establece la previsión de que para que se entienda que existe sometimiento a arbitraje debe constar el consentimiento mutuo de las partes para que surja la jurisdicción del Tribunal; b) en concreto, el consentimiento de un Estado parte debe resultar de manera especialmente clara, ya que «la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado».

Por tanto, ya sea por la vía de la sumisión expresa o de la tácita, lo cierto y claro es que el sometimiento de las controversias a arbitraje no exige fórmulas rituarias, sino la mera voluntad de las partes de someter la solución de sus conflictos a arbitraje.

(Autora: Antonia Magdaleno. Prof. Der. Procesal de la U. De Valencia y Socio Directora de Antonia Magdaleno Abogados).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje sin vínculo contractual. Conveno arbitral. Declinatoria arbitral.

T

TBI Modelo de la EE.UU. (Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de Estados Unidos) (ver «U.S. Model BIT»)

Telecomunicaciones (ver «Arbitraje en el ámbito de las telecomunicaciones»)

Tercero interviniente

Afirma el Diccionario de la Real Academia Española que tercero es aquella «persona que no es ninguna de dos o más de quienes se trata o que intervienen en un negocio de cualquier género». Queremos traer a colación ahora esta definición por cuanto que las dos partes de que se compone la misma, separada por la disyunción «o», nos permite subrayar, en este momento, la doble acepción que también tiene este vocablo en la materia objeto del presente diccionario, cual es el Arbitraje.

Así, por un lado, desde una perspectiva estrictamente procedimental, «tercero» en un proceso arbitral lo será aquél que no sea parte (al menos inicialmente), de este último. Siguiendo a Serra Domínguez, deberemos distinguir en esta categoría los supuestos de intervención principal (que tiene lugar cuando el tercero interviene en el proceso proponiendo una pretensión conexa con la controvertida entre las partes, pero incompatible con ésta); de intervención litisconsorcial (que es aquélla en la que un tercero interviene en un proceso para defender derechos propios que se discuten en el proceso, y que son similares, en todo o en parte, a los afirmados por una de las partes en litigio); y de intervención adhesiva, que se diferencia de la anterior en que, si bien el interviniente coadyuva con una sola de las partes en litigio, no lo hace defendiendo un derecho propio discutido en el proceso, sino que su legitimación deriva del interés que tiene en evitar los efectos reflejos o secundarios de la sentencia que, en cuanto hecho jurídico, puede directamente repercutir en su relación con alguna de las partes.

Sin embargo, excepción hecha de lo regulado en determinados Reglamentos de algunas instituciones arbitrales aisladas, casi nunca se dan en la práctica, desde esta perspectiva estrictamente procedimental, verdaderos «terceros» en un proceso arbitral, por ser reacia la doctrina y el mundo del Arbitraje, en general, a admitir que quien no ha suscrito un convenio arbitral pueda, ulteriormente, intervenir como parte en un método alternativo de resolución de conflictos al cual no eligió, en su

día, someterse de forma totalmente voluntaria, excluyendo así el ámbito de la jurisdicción estatal.

No acontece lo mismo, sin embargo, con aquéllos que, por retomar la definición contenida en el Diccionario de la Real Academia Española, han intervenido o intervienen *«en un negocio* —jurídico, en este caso— *de cualquier género».* En efecto, su legitimación para intervenir en el proceso arbitral no deriva, entonces, del hecho de tener un interés cualquiera en una determinada litis (por digno de protección que pueda llegar a ser), sino por su participación efectiva y personal en la conclusión, ejecución y resolución del contrato litigioso, cada día más frecuente en el ámbito de la contratación internacional y, particularmente, en la contratación con Grupos de Empresas.

En estos supuestos, no puede hablarse de «terceros», *stricto sensu,* sino, como mucho, de sujetos inicialmente ajenos a la suscripción del convenio arbitral pero que, ulteriormente, por cualesquiera de las formas admitidas en Derecho sustantivo, han devenido verdadera parte contractual de la relación jurídica en discordia. Tal es el caso, por ejemplo, de una cesión de contrato o de una fusión por absorción (entre otros tantos que pueden llegar a citarse), donde razones tanto de tipo práctico, como de Justicia material, aconsejan que los árbitros puedan conocer con plenitud de causa del asunto que les ha sido sometido a su jurisdicción al derivar, precisamente, todas ellas del propio convenio arbitral, evitando así el gravísimo perjuicio (cuando no, abierta indefensión) que puede causarse a quien, en caso de pluralidad de demandados, ve inadmitidas a trámite sus pretensiones contra estos últimos por la Jurisdicción ordinaria (al existir una cláusula compromisoria suscrita con uno de ellos) y, ulteriormente, por un tribunal arbitral (so pretexto, en este último supuesto, de que el convenio tan sólo vincula a aquél que lo ha suscrito y manifestado así su inequívoca voluntad de someterse a arbitraje).

Y, sobre este punto, existe una consolidada jurisprudencia arbitral de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Inter-

nacional, fundamentalmente, que desde los conocidos asuntos «Clunet» y «Dow Chemical», viene sosteniendo sin fisuras que pueden ser demandados en un proceso arbitral quienes han participado efectiva y personalmente en la conclusión, ejecución y resolución del contrato, todo ello atendidas las «*consecuencias de la realidad económica*», por ser acordes «*con las necesidades del comercio internacional, a las cuales deben responder las reglas específicas, progresivamente elaboradas, del arbitraje internacional*», como literalmente se afirma en la última de estas dos resoluciones antes citadas, al hilo de la doctrina sentada por los tribunales franceses y, muy particularmente, por la «*Cour d´Appel*» de París.

(Autor: Juan Pablo Correa Delcasso. Universidad de Barcelona).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Alonso Puig. «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 *El Arbitraje internacional: cuestiones de actualidad*, *AA.VV.* Barcelona, 2009, pp. 179-181. Correa del Casso. *La extensión del convenio arbitral a partes no firmantes del mismo: análisis de la doctrina del Tribunal Internacional de Arbitraje de la CCI* (pendiente de publicación). Merino Merchán/Chillón Medina. *Tratado de Derecho Arbitral,* 3.ª Ed. Palacios Pareja. *El levantamiento del velo societario en el proceso arbitral* (publicado en Internet). Serra Domínguez. «Intervención de terceros en el proceso». En *Estudios de Derecho Procesal.* Esplugues de Llobregat, 1969. *Recueil des sentences arbitrales de la CCI;* sobre este particular, pueden consultarse también muchos estudios y comentarios jurisprudenciales contenidos en la *Revue de L'arbitrage*.

VOCABLOS CONEXOS: Convenio arbitral. Extensión a terceros de la cláusula arbitral. *Kompetenz-kompetenz*. Litisconsorcio.

Terceros no firmantes de la cláusula arbitral (ver «Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral»)

Terminación convencional de los procedimientos administrativos

Se conoce por terminación convencional de los procedimientos administrativos aquella modalidad de conclusión de los expedientes a través de pactos, acuerdos, contratos o convenios suscritos entre las Administraciones Públicas y los interesados en los mismos, para conseguir su resolución final.

En los ordenamientos en los que tal método se contempla, las Administraciones Públicas están capacitadas para celebrar tales acuerdos tanto con otras personas de derecho público como de derecho privado, siempre que no sean tales pactos contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de someterse a transacción, teniendo en todo caso por objeto, satisfacer el interés público encomendado a todo sujeto público, con aquellos efectos y alcance que disponga la norma que los prevea y con carácter de acto resolutor y terminador del procedimiento.

A los requisitos y límites de esta terminación ya adelantados, que derivan indudablemente del carácter del procedimiento como potestad administrativa que es, se suman la imposibilidad de que dichos pactos o acuerdos alteren las competencias atribuidas a cada una de las Administraciones que convenían ni que puedan afectar tampoco al régimen de responsabilidades al que se sujetan las autoridades y funcionarios en relación con el funcionamiento de los servicios públicos. Esta limitación que se acaba de señalar viene dada del hecho de que están fuera del tráfico jurídico las potestades administrativas regladas, y por eso mismo únicamente en casos de habilitaciones legales específicas y cuando concurra un interés público y unas circunstancias que favorezcan la discrecionalidad administrativa podrá existir la terminación procedimental que nos mueve.

De esta manera, las distintas normativas nacionales donde se faculta a esta conclusión convencional de los expedientes gubernativos, suelen habilitar esta fórmula en materia de fijación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas mediante acuerdo indemni-

zatorio, como también es frecuente su uso en materia de subvenciones, o en los convenios expropiatorios, así como en asuntos vinculados al régimen del suelo a través de convenios urbanísticos.

Con todo, para que la terminación convencional de los procedimientos sea conforme a derecho, tal convenio o acuerdo deberá contar con un contenido mínimo, sin el cual devendrá ilegal, al igual que sucede si incumple los requisitos antes adelantados.

Así, deberá el pacto contener de forma específica y cumplida la indentificación de las partes intervinientes, y en función de qué atribución lo son y por qué, el ámbito personal, territorial y funcional del pacto o acuerdo; su plazo de vigencia y sus destinatarios. De igual modo, en ocasiones las normas prevén su publicación, que usualmente depende del ámbito al que afecta el convenio y de su naturaleza más o menos general o de pluralidad de destinatarios.

Otro dato a tener en cuenta en esta materia es que la terminación convencional de los procedimientos, así como aquellos procedimientos administrativos de mediación, arbitraje y conciliación, no suelen estar sujetos al régimen del silencio administrativo contemplado en múltiples legislaciones, al tener un genio negocial o contractual. En el sentido apuntado, existen corrientes jurisprudenciales que asimilan a esta terminación con un contrato administrativo especial, algo que la normativa contractual pública de algunos países, como España, han llevado a sus códigos. Con todo, no cuesta calificar a estas terminaciones como actos administrativos especiales y culminadores de un procedimiento.

La terminación convencional del procedimiento, además, puede en determinados supuestos entrañar una transacción sobre el objeto mismo del procedimiento y en tales casos únicamente será posible el acuerdo sobre los aspectos susceptibles de dicha terminación, como sucede con el caso de los convenios urbanísticos, si bien con determinados límites específicos que exceden de esta voz.

En lo tocante a la finalización del procedimiento de fijación del justiprecio expropiatorio, por medio de convenio puede fijarse dicha indemnización entre expropiado y expropiante mediante mutuo acuerdo.

(Autor: Dr. Javier Junceda. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad Internacional de Cataluña).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Bustillo Bolado, R. Convenios y Contratos Administrativos: Transacción, Arbitraje y Terminación Convencional del Procedimiento. Navarra: Aranzadi, 2001. Ferret i Jacas, J. «Límites al arbitraje administrativo». *Revista Andaluza de Administración Pública*, 1999, n.º 35. Huergo Lora, A. *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*. Bolonia: Publicaciones del Real Colegio de España, 2000. López Menudo, F. «Arbitraje y Derecho Público». Justicia Administrativa, 1999, n.º 2. Rosa Moreno, J. *El arbitraje Administrativo*. Madrid: McGraw-Hill, 1998. Trayter, J.M. «El Arbitraje de Derecho Administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: nuevas perspectivas». En Sánchez Morón, M., J.M. Trayter Jiménez y A. Sánchez Blanco. La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley n.º 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Oñati: Instituto Vasco de Administración Pública, 1995, «El arbitraje de Derecho Administrativo». *Revista de Administración Pública*, 1997, n.º 143. Tornos Mas, J. «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de conflictos administrativos». *Revista de Administración Pública*, 1995, n.º 136. *AA.VV.* Alternativas no jurisdiccionales en la resolución de pretensiones de Derecho Público (IV Jornadas de Estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía). Instituto Andaluz de Administración Pública. Sevilla, 2003.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje. Arbitraje ambiental. Expropiación. Arbitraje de contratos públicos.

Test de Salini

Se utiliza este término en alusión al *Caso Salini Costruttori S.p.A. e Italstrade S.p.A. contra Marruecos*, tramitado ante el Centro Internacional de Arreglo de Disputas en materia de Inversiones (CIADI), cuya decisión sobre Jurisdicción se emitió en el año 2003 y donde se establecieron

algunos requisitos para identificar una inversión extranjera en el marco del Derecho Internacional de las Inversiones.

Se trata de un asunto relevante para el arbitraje en inversiones; en especial, para el arbitraje ante el CIADI, que cuenta como una regla de admisibilidad que la materia controvertida sea un asunto de naturaleza jurídica en inversiones y que el accionante sea un inversionista extranjero, de conformidad con los parámetros establecidos en el tratado CIADI.

Los requisitos recogidos en el *Caso Salini* son: *a)* que la inversión cuente con un plazo relevante de duración; *b)* que implique un riesgo y sea perceptible; *c)* que la inversión contribuya al desarrollo económico del país receptor. Estos requisitos contrastan con la definición de inversión adoptada en el *Caso CIADI Malaysian Historical Salvors SDN, BHD contra Malasia* del 2009, que contiene un marcado sesgo economicista, así como con otras definiciones adoptadas en otros casos.

Si atendemos a los antecedentes, en materia de plazo, veremos que el primer proyecto del Convenio CIADI incluía un plazo para la inversión, mientras que el texto definitivo del tratado no incorporó nada al respecto. En el *Caso Salini* se estableció que la inversión debía abarcar un período de dos a cinco años. Del mismo modo, se entiende que el plazo debe ser ininterrumpido. El plazo, por ejemplo, se puede computar desde la firma del contrato o los contratos que comprenden la inversión, hasta el cumplimiento del objeto contractual. Pero, también hay jurisprudencia en el sentido de que el plazo de la inversión se computa desde la convocatoria de la licitación. Así se decidió en el *Caso Jan de Nul con Egipto*, tramitado ante el CIADI en el año 2006.

El requisito del plazo, en cierto modo, está vinculado a la idea de que la inversión debe contribuir al desarrollo económico del país receptor, de donde se considera que a mayor plazo, mayores posibilidades de contribuir al desarrollo. Es el mismo criterio que se encuentra expresado en el Informe de los Directores del Banco Internacional de Reconstrucción

y Fomento, que sustenta el Convenio CIADI. En consecuencia, la evaluación del plazo comprende componentes cuantitativos de tiempo y también cualitativos, en lo concerniente a las características de la inversión y su contribución al desarrollo del país receptor.

En lo concerniente al riesgo, hay otra jurisprudencia arbitral en inversiones que, a diferencia del *Caso Salini*, se extiende al tema de las garantías bancarias como objeto de factor de riesgo de una inversión. Es lo ocurrido en el *Caso Bayindir con Pakistán*, tramitado también en el CIADI en el año 2005. Es curioso el *Caso Helnan con Egipto*, también del CIADI, tramitado el año 2006, en el que el factor riesgo se vinculó con el hecho de que una empresa tuvo que mantener por un período determinado de tiempo el nivel de cinco estrellas de un hotel, sin tener certeza de poder recuperar la inversión.

En lo concerniente a que la inversión sea significativa, esto se mide a partir de la colocación de bienes, construcción de obras, contratación de personal cualificado, otorgamiento de pre-financiamiento y transferencia de *know-how*; entre otros. En general, se trata de inversiones en bienes, obras y fuerza laboral. En este punto se abre la discusión de si la inversión en cartera es efectivamente una inversión, a la par que la inversión extranjera directa. En los tratados de libre comercio de última generación, como el recientemente ratificado entre el Perú y los Estados Unidos de América, ya se le considera a la inversión en cartera como una inversión. Un antecedente de análisis jurisprudencial de inversión y *know-how*, lo encontramos en el *Caso Mitchell contra Congo*, caso CIADI del año 2006, en el que se indica que para que los servicios de un abogado sean considerados como una inversión, el abogado debería haber prestado servicios al Estado receptor de la inversión o contribuido a atraer inversiones, caso contrario, sus servicios no serían considerados como inversión.

El tema también está vinculado con el requisito de la contribución al desarrollo ya considerado en el *Caso Salini.* En cierto sentido, en el

Caso L.E.S.I. con Argelia del 2006, tramitado en el CIADI, se produce una exclusión del requisito de contribución al desarrollo económico establecido en el *Caso Salini*. Se entiende entonces que la contribución al desarrollo se puede confirmar esencialmente en proyectos de gran envergadura que suponen una inversión significativa en infraestructura o servicios públicos.

Finalmente, en el *Caso CIADI Joy Mining contra Egipto*, de 2004, se incluyó un criterio adicional que se suma al Test de Salini y consiste en verificar que sea posible para el inversionista disponer en forma regular de las ganancias y utilidades de su inversión. Dada la creciente jurisprudencia arbitral producida en los últimos años en materia de inversiones, se colige que el *Caso Salini* constituye una guía importante para delimitar el concepto de inversión extranjera. Pero será finalmente en el contexto de cada caso en particular, donde los árbitros tendrán que hacer el análisis respectivo, tomando en consideración las respectivas bases jurídicas y fácticas.

(Autor: Franz Kundmüller/Círculo Peruano de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Farouk. Yala. *The Notion of «Investment» in ICSID Case Law: a Drifting Jurisdictional Requirement?: Some «Un-Conventional» Thoughts on Salini, SGS and Mihaly*. *Journal of International Arbitration,* vol. 22, (2005), p. 105. *Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. vs. Kingdom of Morocco* (ICSID Case n.º ARB/00/4). *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD vs. Malaysia* (ICSID Case n.º ARB/05/10). *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. vs. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case n.º ARB/04/13). *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. vs. Islamic Republic of Pakistan* (ICSID Case n.º ARB/03/29). *Helnan International Hotels A/S vs. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case n.º ARB/05/19*). Patrick Mitchell vs. Democratic Republic of the Congo* (ICSID Case n.º ARB/99/7). *Consortium Groupment L.E.S.I. – DIPENTA vs. People´s Democratic Republic of Algeria* (ICSID Case n.º ARB/03/8). *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt* (ICSID Case n.º ARB/03/11). Consultar casos en http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI). Arbitraje de Inversiones. Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI).

Testigo

1. Concepto e introducción general

Testigo es la persona que tiene datos/noticias de hechos controvertidos que deben ser corroborados, relativos al objeto de un proceso. El examen de testigos es una prueba consistente en tomar declaración oral o escrita a las personas que saben y conocen algún hecho o circunstancia objeto de controversia entre las partes procesales y cuya veracidad se pretende averiguar. Cuando un testigo comparece en el proceso al cual ha sido llamado, debe facilitar sus datos al árbitro o tribunal arbitral y manifestar cuál es su interés en el objeto del proceso, así como la relación que le une a las partes procesales.

La designación de los testigos es a cargo de las partes y su posible limitación corresponde al árbitro/árbitros. Los diferentes testigos citados a declarar en un mismo proceso no deben comunicarse entre sí, y deberán responder a las preguntas que se hayan declarado admisibles en orden a su contenido y validez. Evidentemente, ante la inadmisión de pruebas testificales o de preguntas, operará el régimen de recursos que establezca la ley aplicable.

La modalidad o figura del testigo-perito se da cuando el testigo citado a declarar dispone de conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos controvertidos objeto del proceso, por lo que su declaración adquiere el valor de prueba testifical y pericial. Finalmente, hacer constar que también cabe la posibilidad de que el árbitro o árbitros acuerden la prueba del careo de

testigos para corroborar la veracidad del contenido de sus testimonios o declaraciones.

2. Normas aplicables de orden interno y Derecho comparado

En España y desde un punto de vista estrictamente procesal, la norma de referencia es la ley de enjuiciamiento civil, que establece los plazos para la proposición, citación, práctica y tacha de los testigos, por entender que concurren las causas tasadas en la ley (pariente consanguíneo, relación de dependencia, interés directo o indirecto, amigo/enemigo, condena por falso testimonio), y que impiden su práctica, todas ellas causas pre-existentes o sobrevenidas con posterioridad a la declaración.

La prueba testifical es uno de los medios de prueba previstos en la legislación procesal aplicable junto con el resto de medios: interrogatorio de las partes, documentos públicos, documentos privados, peritos y reconocimiento judicial.

Siguiendo el criterio de la LEC, partimos de la base de que la prueba (sea cual sea la acordada) tiene por objeto acreditar los hechos que se tutelan en el objeto del proceso, en este caso, del proceso arbitral. Por ello, y como la propia ley indica, será innecesario probar hechos que no sean discutidos por las partes intervinientes en el proceso, ni que gocen de notoriedad absoluta y general. Las pruebas, evidentemente, se instarán de parte, sin perjuicio de que se acuerden de oficio. Serán inadmisibles aquéllas que no guarden relación con el objeto que se sustancia, que constituyan una actividad prohibida o que en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

En materia arbitral, la vigente ley de arbitraje no establece en esta materia criterios especiales, por lo que operan iguales criterios de admisión y práctica que se aplican en la ley procesal general. Quizá en este momento sería importante apuntar que la diferencia entre ambas normativas internas (la procesal y la arbitral) sería que la Ley de Arbitraje aplica un generoso margen de flexibilidad en la admisión y práctica de prueba

(menos encorsetada que la ley procesal, de ahí también las diferencias entre un proceso judicial y uno arbitral), con la finalidad de evitar incumplimientos o anulaciones del laudo. Criterio de máxima flexibilidad para las actuaciones arbitrales, que vendrán regidas igualmente por el principio de igualdad y contradicción de las partes.

Es importante señalar igualmente, que el principio de libre disposición de las partes adquiere aquí una importancia destacada, puesto que aunque se contemple como una potestad de los árbitros, lo cierto es que la decisión sobre la admisibilidad, pertinencia, utilidad y valoración de las pruebas, también pueden llegar a depender de la voluntad de las partes. El señalamiento de audiencias para la práctica de las pruebas corresponde al árbitro. En la práctica, el criterio a seguir es el establecido en la ley procesal, pues nada regula la Ley de Arbitraje en este sentido.

La Ley Modelo UNCITRAL no establece un régimen de regulación específica para la prueba testifical; se limita a establecer la potestad del Tribunal Arbitral para la celebración de audiencias, con la finalidad de presentar y practicar pruebas o alegatos, o si las actuaciones se sustancian sobre la base de documentos y más pruebas (entre las que habremos de incluir, obviamente, la declaración de un testigo que pueda aportar datos sobre la controversia objeto del proceso). Evidentemente, la Ley Modelo impone el principio de igualdad y libre contradicción al prever de forma expresa el trámite de vista a la parte contraria, que en el caso que nos ocupa contemplaría la aceptación de la prueba testifical con la posibilidad de repreguntar o la tacha del testigo.

El Reglamento de la CNUDMI/UNCITRAL de 15 de diciembre de 1976, sigue las previsiones de la Ley Modelo, si bien en su artículo 25 regula más detalladamente la prueba testifical (la Ley Modelo lo hace únicamente con la figura del testigo-perito) estableciendo que cuando las partes propongan algún testigo, estarán obligadas a proponerlo con la antelación establecida, nombre y dirección de los testigos que pretende presentar, así como el tema sobre el que testificarán y el idioma en

el que lo harán. De igual forma prevé el Reglamento la posibilidad del apartamiento del testigo o testigos para evitar la comunicación entre éstos. Finalmente, se hace constar que el tribunal arbitral es libre para decidir la forma en que ha de interrogarse a un testigo y que éste pueda contestar por escrito.

Como ejemplo más doméstico o particular, cabe señalar entre otros muchos, que el Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje establece en su artículo 31, el concepto de testigo, definiéndolo como persona que presta declaración sobre su conocimiento de cualquier cuestión de hecho, sea o no parte en el arbitraje. Respecto a la práctica de la testifical, sigue los modelos apuntados en la normativa internacional.

Y, finalmente, un breve apunte sobre la previsión por parte, tanto de la Ley Modelo como de todas las normativas vigentes redactadas a su amparo, del mecanismo de la asistencia judicial para la práctica de las pruebas. Se podrá solicitar la asistencia judicial para la práctica de pruebas al tribunal competente, ya sea para celebrarlas ante el mismo, ya sea para que el tribunal asista y acuerde todas las medidas necesarias para que puedan celebrarse ante el árbitro o árbitros.

3. Comentarios y conclusiones

La prueba de testigos es importante, pero inferior en importancia a la documental y a la pericial, pues suelen ser testigos propuestos a «instancia de parte» y, en consecuencia, a veces, pueden resultar parciales. La Ley de Arbitraje regula las actuaciones arbitrales, entre las que se incluyen, evidentemente, las decisiones relativas a la admisión y prácticas de pruebas. La ley, una vez más, parte 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 y el principio de igualdad, valores fundamentales del arbitraje. Ya hemos apuntado que el procedimiento arbitral, incluso en defecto de acuerdo de las partes, se configura con gran flexibilidad, acorde con las exigencias de la institución. La fase

probatoria del arbitraje también está presidida por la máxima libertad de las partes y de los árbitros (con absoluto respeto a los derechos de defensa e igualdad), y por la máxima flexibilidad, si bien la Ley Arbitral actualmente vigente, sólo establece normas específicas sobre la prueba pericial, no sobre la testifical. Llama la atención que la Ley de Arbitraje española dedique un artículo específico a la prueba pericial, en comparación con la falta de regulación de los restantes medios de prueba, pero para ello habrá que remitirse al derecho de referencia de la Ley Modelo.

(Autor: Pedro Yúfera/GYT Abogados).

REFERENCIAS NORMATIVAS: Ley de Arbitraje n.º 60/2003. Ley Orgánica del Poder Judicial Española. Ley de Enjuiciamiento Civil Española. Ley Modelo CNDMU/UNCITRAL. La Convención sobre el reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras y el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Normativas deontológicas aplicables a nivel autonómico, estatal y europeo. Códigos de Conducta y de Buenas Prácticas de la *International Bar Association*. Tribunal Arbitral de Barcelona. Código Finra y Club Español del Arbitraje.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Garberí Llobregat (Director). Barcelona: Bosch «Comentarios a la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje». Merino Merchán y Chillón Medina. «Tratado de Derecho Arbitral». Madrid: Thomson-Cívitas. González Montes, José F. (Coordinador). «Estudios sobre el Arbitraje, los temas clave». Madrid: La Ley. Campo Villegas, E. «El arbitraje en las sociedades mercantiles». *RJC* 1998 (2).

VOCABLOS CONEXOS*:* Acción de nulidad. Asistencia judicial. Buena Fe. Careo de peritos. Flexibilidad. Igualdad de las partes. Indagación razonable. Indefensión. Ley aplicable al arbitraje. Mala fe. Notificación. Objeto. Procedimiento arbitral. Prueba. Prueba pericial. Secreto profesional. *Witness of fact. Witness statement.*

Testigo de hecho

Un *witness of fact* o *fact witness* (cuya traducción literal al español sería «testigo de hecho») es aquella persona que cuenta con conocimiento

particular sobre los hechos o personas vinculados a la materia de discusión en un arbitraje y cuya declaración es ofrecida como prueba**.**

El término *witness of fact* tiene por propósito marcar la diferencia existente en el *common law* entre *witness of fact* y *expert witness.* Como se sabe, en los sistemas de tradición continental solemos diferenciar al testigo del perito. El último, en estricto, no suele ser considerado un testigo en nuestros sistemas. La diferencia no es sólo de lenguaje, sino de concepto. El testigo experto es tratado en el sistema anglosajón como, valga la redundancia, un testigo, al que se le toma juramento, interroga y trata bajo muchas de las reglas a las que quedan sujetos los testigos de hecho. Pero, a su vez tienen algunas reglas diferentes, basadas precisamente en la distinta naturaleza de lo que es objeto de su declaración.

La distinción que se hace en el arbitraje, y muy especialmente en el arbitraje internacional, entre *witness of fact* y *expert witness*, es un claro indicador de la gran influencia que ha tenido el sistema procesal, y en particular el sistema probatorio, del *common law*. Y quizás en ninguna otra área la influencia es tan clara como en la actuación de la prueba de testigos. Así, la lógica esencial del *witness of fact* en el *common law* se ha trasladado con bastante fidelidad a la prueba testimonial, al extremo de que presenciar una audiencia de testigos en un arbitraje internacional se parece mucho a presenciar un juicio en una corte norteamericana. No sólo las reglas que regulan la declaración, sino incluso las técnicas de interrogación, son definidas principalmente por la práctica del *common law* y más concretamente por la práctica en los Estados Unidos de América.

El *witness of fact* se caracteriza por declarar sobre hechos, a diferencia del *expert witness* que declara sobre un conocimiento técnico o científico que guarda relación con los hechos del caso. Así, si por ejemplo el caso sometido a arbitraje se origina en un contrato de construcción en cuya ejecución se derrumbó un túnel, los ingenieros o trabajadores que estaban en la obra cuando ocurrieron los hechos serán *witness of fact*,

mientras que el perito que se designe para estudiar y pronunciarse sobre las causas del derrumbe, desde el punto de vista técnico, será un *expert witness.* Sin perjuicio de ello, en base a sus estudios e investigaciones, podría declarar sobre los hechos de los que ha tomado conocimiento. Así, cualquier testigo (de hecho o experto) puede declarar sobre hechos, pero en el *common law* sólo el testigo experto puede emitir opiniones. En ese último caso, la regla del *common law* ha sido atemperada por la flexibilidad del arbitraje, que permite que en muchos casos las partes (o incluso los árbitros) pidan opiniones a los testigos de hecho.

La flexibilidad del arbitraje permite una gran diversidad de reglas para regular la actuación de la prueba testimonial. Todo dependerá de los reglamentos a los que se sometieron las partes, los acuerdos a los que hayan llegado y las reglas que establezca cada tribunal. En esa línea, la diversidad es la regla. Es importante, en este aspecto, considerar la gran influencia que han tenido las Reglas establecidas por la *International Bar Association* —IBA— (*Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration*), a nivel tal que podríamos decir que es una de las fuentes más usadas en la actualidad.

A pesar de la gran flexibilidad y diversidad existente, la práctica ha ido perfilando algunos aspectos que suelen presentarse con frecuencia en los arbitrajes, en relación a la actuación de la prueba de testigos.

Siguiendo el esquema anglosajón, la parte que ofrece al testigo debe interrogarlo primero, en lo que se denomina *direct examination* (o interrogatorio directo). Así, se obtiene el *statement* o declaración del testigo. Luego, la otra parte puede interrogarlo en lo que se conoce como *cross examination* (o interrogatorio cruzado). A diferencia del *direct examination*, el *cross examination* suele ser un interrogatorio más agresivo e intenso.

Usualmente se permite, luego del *cross examination,* que la parte que ofreció el testigo formule un segundo interrogatorio de repreguntas, al

que se denomina *redirect examination*. No es inusual que el *redirect examination* sólo pueda versar sobre temas tratados en el *cross examination*, prohibiéndose la formulación de preguntas que salgan de esa esfera. Luego, la contraparte formula lo que se denomina el *recross examination*, que de manera similar al *redirect*, sólo puede tocar temas planteados en el *redirect.* Excepcionalmente, se admiten los llamados *re-redirect* y el *re-recross*. Pero, usualmente, los Tribunales Arbitrales son reticentes a admitir esta tercera ronda de preguntas.

En la práctica arbitral internacional común, el *direct examination* suele ser reemplazado por un *witness statement* escrito (ver definición de *witness statement*), es decir, una suerte de informe o declaración firmada y que es remitida al Tribunal Arbitral y a la contraparte, con anticipación a la realización de la audiencia en la que comparecerá el testigo. No necesariamente se redacta siguiendo un formato de preguntas y respuestas. A veces es un simple relato de lo que el testigo tiene que declarar.

No es inusual que las declaraciones de los testigos de ambas partes se crucen y se produzca un segundo *statement* de respuesta o complementario, en el que se contesta o aclara algunos puntos de lo señalado por los testigos de la contraparte.

Puede ocurrir (y no es inusual que sea así), que si la parte contraria, luego de recibida la declaración escrita, decide no hacer un *cross examination*, el testigo ni siquiera sea citado a declarar, y su participación como *witness of fact* se produce sin que, ni las partes ni el tribunal lo hayan visto comparecer una sola vez durante el arbitraje.

En nuestra opinión, hay una marcada tendencia en el arbitraje, y muy especialmente en el arbitraje internacional, a moverse hacia un proceso más oral y el tratamiento que se da a la declaración de testigos de hecho es quizás la muestra más palpable de este proceso. Consideramos que ello es, además, saludable. La mayor inmediación y la posibilidad de presenciar interrogatorios o incluso formular preguntas por los árbitros,

contribuye de manera sustancial a que los miembros del Tribunal se formen una impresión más completa y detallada del caso y se acerquen a la verdad.

Ello conduce a que los abogados que litigan en arbitraje tengan que desarrollar habilidades adicionales a conocer la Ley y analizar los documentos pertinentes. Se requiere entrenamiento en técnicas de interrogatorio y manejo de audiencias, a fin de aprovechar mejor la presencia cada vez más frecuente e intensa de los testigos.

(Autor: Alfredo Bullard. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Bishop, Doak y Edward G. Kehoe (Editores). «The Art of Advocacy in International Arbitration). Segunda Edición. Juris. International bar association «Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration» (http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx). Krieger, Stefan H. y Richard K. Neumann. Jr. «Essential Lawyering Skills». Aspen Publishers, 2003, 2.ª Ed. Strauss, Michael. «International Commercial Law: Cases, Materials and Notes on the Resolution on International Business Disputes», p. 871.

VOCABLOS CONEXOS: Careo de peritos. Exhibición de hechos (*discovery*). Prueba. Testigo. *Witness statement*. Declaraciones escritas.

Traducción jurada (Traducción oficial)

Cuando dos partes se encuentran enfrentadas en un procedimiento de arbitraje, ha de ser determinado el idioma del arbitraje y, así, el idioma en el que debe redactarse el laudo. Algunos reglamentos de cortes internacionales permiten que los árbitros utilicen un determinado idioma, siempre que sus actuaciones se traduzcan simultáneamente a otro, así como que sean aportados documentos o realizadas algunas actuaciones en idioma diferente al del arbitraje. En los casos en los que varios idiomas pueden ser utilizados en un mismo procedimiento de arbitraje, sin

requerimiento de traducción, ésta no se solicitará ni exigirá. En otro caso, la parte que aporta actuaciones o documentación en idioma extranjero habrá de aportar su debida traducción oficial.

En ocasiones puede ocurrir que un laudo deba ser cumplido por la parte demandada en un país distinto de aquél en el que se dictó el laudo y/o en idioma extranjero al del país donde ha de ser cumplido, así como que la parte demandada no acate voluntariamente el mandato del laudo. En tales casos, la parte demandante tendrá que solicitar ante los tribunales del país de cumplimiento del laudo su reconocimiento y/o su ejecución por la vía forzosa, asegurándose previamente la aplicabilidad de algún convenio de reconocimiento y/o ejecución de laudos arbitrales (Convención de Nueva York de 1958, u otra, en caso de existir). En dicho caso, habrá de aportar, además de la copia auténtica del laudo y su debida legalización, la traducción oficial del laudo del que se pretende solicitar el reconocimiento y/o la ejecución, así como de todos y cada uno de los documentos que se le adjuntan que estén redactados en un idioma distinto al idioma del Estado donde se pretende solicitar dicho reconocimiento y ejecución.

Se considera, a tal efecto, traducción jurada u oficial, aquella traducción de un documento de un idioma a otro y viceversa, con fe pública y carácter oficial, efectuada por un traductor oficial debidamente nombrado y autorizado por el Ministerio de Asuntos Exteriores, o cualquier otro que tenga el mismo oficio en el determinado Estado, tal un traductor jurado, un traductor oficial, o un agente diplomático o consular.

La Convención de Nueva York de 10 de junio de 1958, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias arbitrales extranjeras, dice en su artículo IV.2: «Si esa sentencia o ese acuerdo no estuvieran en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia, la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de esta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplo-

mático o consular». Del mismo modo, la Ley Modelo UNCITRAL sobre arbitraje comercial internacional, aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas, de 21 de junio de 1985, en su artículo 22.2 dice: «El tribunal arbitral podrá ordenar que cualquier prueba documental vaya acompañada de una traducción al idioma o los idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral». Y el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, versión revisada de 2010 (en vigor a partir del 15 de agosto de 2010), en su artículo 19.2: «El tribunal arbitral podrá ordenar que los documentos anexos al escrito de demanda o a la contestación, y cualesquiera documentos o instrumentos complementarios que se presenten durante las actuaciones en el idioma original, vayan acompañados de una traducción al idioma o idiomas convenidos por las partes o determinados por el tribunal arbitral». Otros textos se asemejan a dichas fórmulas de requisito de traducción jurada, de modo que las formalidades ante las circunstancias de aportación de documentación en idioma extranjero al idioma del procedimiento arbitral o del Estado cuyo reconocimiento y/o ejecución de laudo se pretenda, son las de aportar la debida traducción oficial. Véanse para ello las Sentencias del Tribunal Supremo sobre *exequatur* de 29/09/1998, de 08/02/2000 y de 29/02/2000 entre otras, donde se reconoce la aplicabilidad del Convenio de Nueva York de 1958, que para España presenta un carácter universal. La aportación junto con la demanda del original o copia autenticada —legalizada o apostillada-, de la resolución arbitral, así como del original o copia autenticada, también legalizada o apostillada—, en ambos casos acompañados de la correspondiente traducción jurada o certificada al idioma oficial del país donde se invoca la sentencia.

Otra cosa es la cuestión planteada sobre la posible necesidad de traducción de la legalización o Apostilla de los documentos originales o autenticados. Sobre ello nada dicen las sentencias de *exequatur* del Tribunal Supremo, aceptando *de facto* la Apostilla de La Haya sin su correspondiente traducción jurada. Es un hecho que las apostillas emitidas dentro de la Unión Europea no requieren, *de facto*, de su correspondiente traducción jurada. En España, los jueces y tribunales admiten ésta sin su

correspondiente traducción, siempre que haya sido emitida en francés, italiano, o portugués. Sin embargo, un juez o tribunal puede exigir la traducción jurada de los documentos de legalización, sea por medio de la apostilla u otro tipo de legalización, por no estar obligado el juez a entender el idioma de origen, por lo que es más apropiado proceder a todo tipo de legalizaciones, en general, sean o no por medio de Apostilla. En efecto, de conformidad con el artículo 523 de la Ley n.º 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, para solicitar el reconocimiento y la ejecución de resoluciones arbitrales, ha de presentarse, con arreglo al Convenio de Nueva York de 1958, una copia auténtica de la resolución y una certificación que expida el tribunal o autoridad competente en el que se hubiera dictado la resolución. Además, los documentos presentados en sede judicial deberán acompañarse de su traducción oficial cuando estén en un idioma extranjero, por lo que se puede entender exigida la traducción jurada tanto del laudo arbitral y otros documentos adjuntos, como de sus correspondientes Apostilla y otras legalizaciones.

(Autora: María Eduviges Pontigo Drabs/Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona/Abogada comunitaria. Barreau de Bruxelles).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Sanguino Sánchez. *«El arbitraje internacional»* (Inédito. Salamanca). Martínez García. *«El arbitraje en el marco de la Ley n.º 1/2000, de Enjuiciamiento Civil»*. Barcelona:Tirant lo Blanch, 2002.

VOCABLOS CONEXOS: Laudo. *Exequátur*.

Tratado de la Carta de la Energía

El Tratado de la Carta de la Energía (en inglés, *Energy Charter Treaty* o ECT) es un convenio internacional cuyo objeto es el establecimiento de un marco multilateral para el comercio, tránsito e inversión en el sector de la energía. Concebido tras la terminación de la Guerra Fría, pretende integrar los mercados energéticos de la antigua Unión Soviética y de Europa del Este, con los de Europa Occidental, garantizando

así la interconexión de los diferentes mercados, la libre circulación de la energía y la inversión extranjera en el sector energético.

El origen del Tratado se encuentra en la Carta Europea de la Energía, suscrita en 1991 en La Haya, y que sentó las bases para la negociación de un tratado internacional de carácter vinculante. El Tratado de la Carta de la Energía se firmó finalmente en Lisboa, el 17 de diciembre de 1994, junto con un Protocolo sobre Eficiencia Energética y Aspectos Medioambientales Relacionados. El Tratado entró finalmente en vigor en 1998.

El contenido del Tratado se desarrolla, esencialmente, en los siguientes ámbitos:

- La protección de la inversión extranjera, mediante el establecimiento de estándares de tratamiento y protección que debe garantizar el Estado receptor de la inversión.

- El establecimiento de condiciones no discriminatorias relativas al comercio de materiales y productos energéticos y equipos relacionados, sobre la base de las reglas de la Organización Mundial del Comercio, así como normas para asegurar el tránsito de la energía a través de redes eléctricas, oleoductos y gaseoductos y otros medios de transporte.

- Un sistema de resolución de controversias entre los diferentes Estados miembros y entre inversor y Estado receptor de la inversión.

- La promoción de la eficiencia energética y la minimización del impacto medioambiental de la producción y utilización de la energía.

En el año 2010, el Tratado de la Carta de la Energía contaba con 51 Estados signatarios (Albania, Alemania, Armenia, Australia, Austria, Azerbaiyán, Bielorusia, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Bulgaria, Chipre,

Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Kazajstán, Kirguistán, Letonia, Liechtenstein, Lituania, Luxemburgo, A.Y.R. Macedonia, Malta, Moldavia, Mongolia, Países Bajos, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumanía, Rusia, Suecia, Suiza, Tayikistán, Turquía, Turkmenistán, Ucrania y Uzbekistán), más la Unión Europea y el EURATOM. De ellos, Bielorusia, Islandia, Noruega y Rusia no han ratificado el Tratado, si bien Bielorusia lo aplica provisionalmente, lo que también ha sucedido con Rusia, hasta que anunció el cese de esta aplicación provisional, con efectos desde el 18 de octubre de 2009. Pese a ello, el régimen de terminación del tratado impone su aplicación en lo que se refiere a protección de inversiones y resolución de controversias hasta 20 años después de la fecha referida de terminación.

Por otra parte, existe un número de Estados y organizaciones internacionales con estatus de observador, y que, por lo tanto, carecen de derechos y obligaciones derivados del Tratado.

En lo que se refiere a la protección de la inversión extranjera, el Tratado de la Carta de la Energía contiene una definición amplia del concepto de *inversión*. Así, se considerará como *inversión*, en el ámbito del Tratado, cualquier activo (lo que incluye propiedades, derechos reales, empresas o participaciones, créditos pecuniarios y derechos a prestaciones contractuales con valor económico, derechos de propiedad intelectual, rendimientos o concesiones, licencias y otros tipos de permisos) controlado directa o indirectamente por un inversor y relacionado con cualquier actividad económica en el sector de la energía. Por *inversor* debe entenderse cualquier persona física o jurídica nacional o residente en cualquiera de los Estados miembros (si bien el Tratado concede al Estado receptor de la inversión el derecho a denegar el beneficio de la protección de la inversión a entidades controladas por ciudadanos o nacionales de terceros Estados que no lleven a cabo actividades empresariales importantes en el Estado miembro del que sean nacionales). Por

su parte, el Tratado define *actividad económica en el sector de la energía* como actividad de exploración, extracción, refino, producción, almacenamiento, transporte por tierra, transmisión, distribución, comercio, comercialización y venta de materias o productos energéticos o relativa a la distribución de calor a instalaciones múltiples.

El Tratado de la Carta de la Energía contiene los siguientes estándares sustantivos de tratamiento y protección de la inversión, similares a los contenidos en los acuerdos bilaterales de protección de inversiones (APPRIs):

- Impone al Estado receptor de la inversión la obligación de promocionar la inversión extranjera creando condiciones estables, equitativas y transparentes para la inversión;

- Obliga al Estado receptor a conceder a las inversiones un trato justo y equitativo, plena protección y seguridad y prohíbe las medidas exorbitantes o discriminatorias;

- Obliga al Estado receptor a cumplir las obligaciones contraídas con los inversores o con las inversiones de los inversores (*umbrella clause*);

- Establece los estándares de tratamiento nacional (es decir, el Estado receptor debe conceder al inversor un tratamiento al menos equivalente al dispensado a sus nacionales) y de nación más favorecida (es decir, el Estado receptor debe conceder al inversor un tratamiento al menos equivalente al dispensado a los nacionales de cualquier tercer estado, sea o no miembro del Tratado de la Carta de la Energía);

- Obliga al Estado receptor a examinar de buena fe las solicitudes de entrada y permanencia de personas con cargos de responsabilidad en relación con la inversión;

- Establece el principio de responsabilidad del Estado receptor de la inversión por pérdidas causadas por guerras, conflictos armados, disturbios y situaciones similares;

- Prohíbe la expropiación, directa o indirecta, de la inversión, salvo que sea por causa de interés público, no discriminatoria, realizada con arreglo al procedimiento legal debido y mediante el pago de indemnización adecuada, pronta y efectiva;

- Obliga al Estado receptor a garantizar la realización de transferencias de capital relacionadas con la inversión.

Finalmente, el Tratado contiene un precepto de resolución de controversias entre inversor y Estado receptor de la inversión, similar al contenido en los acuerdos bilaterales de protección de inversiones. De acuerdo con este precepto, las disputas entre inversor y Estado receptor de la inversión, relativas al supuesto incumplimiento de las obligaciones sustantivas de protección y promoción de las inversiones por parte del Estado, deberán ser resueltas de forma amistosa, pudiendo el inversor, si no se resuelven en el plazo de tres meses desde su notificación al Estado, someterlas:

1. Al tribunal o tribunales administrativos del Estado receptor de la inversión;

2. Al mecanismo de resolución de controversias previamente acordado;

3. A arbitraje o conciliación internacional, ante:

a. El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias de Inversión (CIADI), si el Estado del inversor y el Estado receptor de la inversión son miembros del Convenio de Washington de 1965, por el que se crea el CIADI;

b. El Mecanismo Complementario del CIADI, establecido por el Convenio referido, si el Estado del inversor o el Estado receptor de la inversión, pero no ambos, son miembros del Convenio CIADI;

c. Un árbitro único, o un tribunal arbitral *ad-hoc*, establecido conforme a las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Reglamento UNCITRAL);

d. Un procedimiento arbitral ante el Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo.

Finalmente, debemos señalar que, hasta el año 2010, la Secretaría de la Carta de la Energía tenía constancia de la existencia de al menos 27 disputas entre inversores y Estados receptores de inversiones sometidas a arbitraje por incumplimiento de las obligaciones de protección de la inversión contenidas en el Tratado de la Carta de la Energía (en ocasiones, conjuntamente con disputas por el incumplimiento de obligaciones emanadas de un acuerdo bilateral de protección de inversiones) ante los diferentes mecanismos de arbitraje internacional referidos anteriormente.

(Autor: Alejandro López Ortiz. Abogado, Hogan Lovells International LLP).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: McLachlan, C., L. Shore y M. Weiniger. *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford: Oxford University Press, 2007. Página web de la Secretaría de la Carta de la Energía (http://www.encharter.org/).

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRIs). Arbitraje de inversiones. Cláusula de la nación más favorecida. Cláusula paraguas (*umbrella clause*). Expropiación. Medidas equivalentes a la expropiación en el arbitraje de inversiones. Tratados de Libre Comercio (y cláusula arbitral en).

Tratados de Libre Comercio (el arbitraje en)

1. Introducción

En el comercio internacional es fundamental contar con un sistema idóneo para resolver las controversias que podrían surgir de las tran-

sacciones comerciales, siendo los Medios Alternativos de Solución de Controversias (en adelante, MASC) los métodos utilizados hoy en día. El recurso al arbitraje se prevé en numerosos TLCs (en adelante, Tratados de Libre Comercio). Fijaremos nuestra atención en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante, TLCAN), el cual contiene extensas cláusulas de solución de controversias. El TCLAN identifica la importancia de facilitar la solución de controversias en el sector privado en los contratos comerciales internacionales a través del establecimiento del Comité 2022, que evaluó la disponibilidad y ejecución de laudos privados en dicha región. La página web del TLCAN (http//:www.nafta-sec-alena.org) ofrece una orientación acerca de los métodos existentes de solución de controversias privadas, que reproducimos en parte.

2. Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas

En cumplimiento del artículo 2022 del TLCAN, el Comité Consultivo de Controversias Comerciales Privadas presentará informes y recomendaciones a la Comisión de Libre Comercio sobre cuestiones generales relativas a la existencia, uso y eficiencia del arbitraje y otros procedimientos para la solución de controversias comerciales internacionales privadas en la zona de libre comercio. En particular, la Comisión encomienda al Comité que le presente, según sea el caso, informes y recomendaciones sobre la compilación, examen y evaluación de los mecanismos existentes para la solución de controversias comerciales internacionales privadas; la promoción del arbitraje y otros procedimientos para la solución de controversias comerciales internacionales privadas en la región del TLCAN y la difusión en el sector privado de los beneficios que ofrece la utilización de MASC; la identificación de sectores e industrias que, en particular, se beneficiarían con la utilización de mecanismos alternativos de solución de controversias; la forma de facilitar el recurso al arbitraje y otros procedimientos en la región del TLCAN, incluyendo los modelos de cláusula de sumisión a MASC y la utilización de otras cláusulas contractuales; las oportunidades para

ampliar la cooperación entre las instituciones interesadas o involucradas en la utilización de MASC en la región del TLCAN; y los relacionados con la aplicación de acuerdos arbitrales y con la ejecución de laudos arbitrales y otros asuntos contenciosos en materia de mecanismos alternativos de solución de controversias. No obstante, la Comisión podrá ocasionalmente encomendar otros asuntos al Comité.

3. Medios disponibles de solución de controversias privadas

Las partes que pretendan celebrar un contrato internacional deberían considerar los diversos MASC para solucionar controversias sin necesidad de recurrir a los tribunales ordinarios, dado que ofrecen un mecanismo neutral y privado. Es en el momento de elaborar el contrato cuando las partes deberían considerar esta posibilidad. Una cláusula MASC adecuada representa la resolución efectiva de la controversia, al tiempo que disminuye los incumplimientos del contrato, al proveer un mecanismo efectivo para ejercer los derechos contractuales. En todo caso, las partes deberían considerar la conveniencia de consultar a una de las instituciones que administran el arbitraje o a cualquier otro experto, antes de concluir los términos del contrato respectivo.

4. Solución de Controversias del Sector Privado o MASC

De las diversas formas de MASC que existen, la mediación y el arbitraje son las dos más utilizadas. Mientras que la mediación pretende alentar a las partes a encontrar una solución mutuamente aceptable, el arbitraje es un proceso contencioso de reglas flexibles que concluye con un laudo vinculante para las partes. Dependiendo del acuerdo de las partes en la cláusula arbitral, la decisión puede ser emitida por uno o por tres árbitros. Las partes generalmente presentan argumentos, testigos y prueba documental, mientras que las reglas judiciales de procedimiento y prueba no son aplicables. Frecuentemente, los abogados están involucrados en la representación de las partes, no siendo siempre necesario contratar a un abogado. Los árbitros son generalmente abogados, pudiendo ser

otro tipo de profesionales con conocimientos o cualificación relevantes para la controversia. La mayoría de los laudos arbitrales son cumplidos voluntariamente y, en caso contrario, el laudo puede ser ejecutado por los tribunales locales con jurisdicción sobre la parte perdedora. Canadá, México y los Estados Unidos de América son partes de varios tratados internacionales que requieren que sus tribunales ejecuten los laudos arbitrales, salvo en ocasiones excepcionales, por lo que existen pocos supuestos para apelar un laudo arbitral adverso.

La cláusula modelo de arbitraje para el uso de MASC para los contratos internacionales podría ser la siguiente: «(a) Cualquier disputa, controversia o reclamación que surja de, o se relacione con o en conexión con este contrato, o con el incumplimiento, terminación o validez de éste, deberá ser solucionada de manera definitiva a través del arbitraje. El arbitraje deberá de conducirse de acuerdo con [identificar las reglas] vigentes al momento del arbitraje, excepto por las modificaciones contenidas en este documento o por acuerdo mutuo de las partes. El lugar donde se llevará a cabo el arbitraje será [ciudad o país], y deberá de ser en el idioma [especificar]. El arbitraje será conducido por [uno o tres árbitros], quienes deberán ser seleccionados de conformidad con [las reglas seleccionadas anteriormente]. (b) El laudo arbitral deberá ser escrito y deberá ser determinante y vinculante para las partes. El laudo podrá incluir un laudo sobre costas, incluyendo honorarios de los abogados y desembolsos. La ejecución del laudo podrá ser realizada por cualquier tribunal que goce de jurisdicción sobre el laudo o sobre las partes o sus bienes».

5. Las reglas del arbitraje

En la redacción de una cláusula de arbitraje deberían considerarse los siguientes aspectos relativos a las reglas del arbitraje. En primer lugar, se plantea la elección de un arbitraje *ad-hoc* o un arbitraje institucional, debiendo adecuarse la cláusula arbitral a las reglas de arbitraje respectivas. En segundo lugar, las partes deberán seleccionar un lugar para

el arbitraje que sea conveniente para ellas y para aquéllos que puedan eventualmente convertirse en testigos en cualquier procedimiento. Las leyes de los tres países del TLCAN fomentan el arbitraje internacional, por lo que no debe dudarse en llevar a cabo el arbitraje en cualquiera de los tres países. Si las partes desean seleccionar un lugar para el arbitraje fuera de dichos países, deben considerar los aspectos de la ley nacional que pudiesen afectar el desarrollo del mismo. Si se elige un arbitraje institucional, no es necesario que el órgano administrativo escogido se encuentre ubicado en el mismo foro, dado que muchas de las instituciones a menudo administran arbitrajes fuera de sus países de origen. En tercer lugar, en el contrato (o el acuerdo de arbitraje) se debería designar la ley aplicable o sustantiva que regirá en la solución de la controversia. No se trata de un requisito necesario, pero su ausencia puede incrementar el tiempo y coste del arbitraje, y perjudicar a alguna de las partes. La elección del árbitro idóneo requiere conocer qué legislación domina. Son varios los aspectos que hay que considerar al decidir sobre la ley aplicable, que sea un sistema legal que haya desarrollado un conjunto de leyes que regulen los asuntos que puedan surgir; que la ley aplicable considere el objeto materia de la controversia, o si la ley aplicable de un país también incluye reglas de Derecho Internacional, que puedan, a su vez, referirse a la legislación de otro país (conflictos de leyes); y si las «leyes aplicables» consideran el objeto materia del contrato como arbitrable. La designación de la ley aplicable es fundamental incluso si las partes pretenden la aplicación de los principios generales de derecho o usos mercantiles. La composición del tribunal arbitral puede ser acordada por las partes indicando el número de árbitros que serán designados, así como su cualificación. Si las partes son originarias de países con un idioma común, es probable que no sea necesario incluir una disposición relativa al lenguaje, basándose en la presunción de que se aplicará aquél en que fue escrito el contrato. Si el lenguaje no se especifica, el tribunal arbitral decidirá sobre este asunto. Si bien es posible, no resulta recomendable conducir el arbitraje en dos lenguajes. Si las partes pertenecen a países con diferentes lenguajes, es fundamental designar el lenguaje del arbitraje, dado que las interpretaciones simultáneas en las audiencias

y traducciones de todos los documentos en dos o más lenguajes encarecen y dilatan el arbitraje. De no ser posible llegar a un acuerdo sobre el lenguaje dentro de la cláusula, sería recomendable acordar que los citados gastos serán compartidos o asumidos por la parte que los requiera. Por último, cabe incluir otros aspectos en la cláusula arbitral sin que su extensión o complejidad comprometan su efectividad. Una cláusula extensa, que especifique demasiado sobre el procedimiento, puede limitar la flexibilidad de las partes y de los árbitros en la conducción del arbitraje de la manera más eficiente. Un arbitraje se basa siempre en un acuerdo arbitral, por lo que las partes deberían pensar acerca de la naturaleza de las disputas que pudiesen surgir y considerar si alguno de los siguientes asuntos debiera ser incluido en la cláusula de arbitraje. En este sentido, cabe incluir en la cláusula arbitral: el período de instrucción de pruebas y presentación de documentos, medidas cautelares, acumulación, indemnización, plazos, costas y gastos.

6. Principales instituciones de arbitraje

Cabe destacar, entre otras, *British Columbia International Commercial Arbitration Centre*, Centro Canadiense de Arbitraje Comercial, *The ADR Institute of Canada, Inc.,* Cámara de Comercio de la Ciudad de México (CANACO), Capítulo Mexicano de la Cámara Internacional de Comercio (CAMECIC), Centro de Arbitraje de México (CAM), *American Arbitration Association*, *Institute for Dispute Resolution*, y otras instituciones de carácter multinacional como *Commercial Arbitration and Mediation Center for the Americas* (CAMCA), e *International Centre for Dispute Resolution*.

(Autoras: D.ª Arancha González Laya,
Jefe de Gabinete del Director-General de la OMC
Dra. Bárbara de la Vega Justribó,
Prof.ª de Derecho Mercantil de la U. Carlos III de Madrid).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje de inversiones. Arbitraje internacional. Convenio arbitral.

Trato Justo y Equitativo

El Trato Justo y Equitativo (en inglés, *Fair and Equitable Treatment*, fórmula generalmente abreviada con las siglas «FET») es un estándar utilizado en el ámbito del Derecho Internacional Público, y en particular, del Derecho de la Protección de las Inversiones Extranjeras, que establece el tratamiento que el Estado receptor de una inversión debe otorgar tanto al inversor como a su inversión. Su formulación positiva se contiene en la mayor parte de los tratados de protección de inversión extranjera, tanto bilaterales (APPRIs o, en inglés, BITs), como multilaterales y es el estándar sustantivo más utilizado, y con más éxito, por los inversores, en los arbitrajes iniciados contra Estados receptores de inversión sobre la base del incumplimiento de dichos tratados.

El concepto de Trato Justo y Equitativo apareció por primera vez en la fallida Carta de La Habana de 1948, antecedente de la actual Organización Mundial del Comercio, donde se establecía la obligación de dar un tratamiento justo y equitativo a las empresas traídas de un Estado miembro a otro. Formulaciones parecidas aparecen en otros textos bilaterales y multilaterales durante los años siguientes, como en el borrador de Convención sobre Inversiones en el Extranjero de 1959, o en el borrador de Convención sobre Protección a la Propiedad Extranjera desarrollado por la OCDE en 1967, documento que, aunque nunca se abrió a la firma, supuso el elemento de referencia en las negociaciones de inversión desarrolladas en esos años, y en los textos de los siguientes tratados bilaterales y multilaterales de inversión.

A día de hoy, el estándar de Trato Justo y Equitativo se recoge en la mayor parte de los tratados bilaterales de protección de inversión extranjera y en los principales acuerdos multilaterales de protección de inversión, tales como la Asociación de Naciones del Sureste Asiático (ASEAN), el Protocolo de Colonia, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN o NAFTA, en inglés), la Carta del Tratado

de la Energía (CTE o ETC, en inglés) o el Tratado de Libre Comercio de América Central (TLCAC o CAFTA, en inglés).

Como puede adivinarse de su enunciado, el Trato Justo y Equitativo contiene un concepto jurídico indeterminado, que debe ser aplicado en función de las específicas circunstancias del caso concreto. Por lo tanto, resulta difícil definir con precisión su contenido y alcance, que, en cualquier caso, dependerá de la redacción concreta que a este estándar se dé en el tratado de protección de inversiones correspondiente.

Se trata, además, de un estándar de tratamiento de carácter absoluto, lo que quiere decir que el nivel de tratamiento que el Estado debe dispensar al inversor no se fija en relación con el que el Estado da a terceros inversores, como ocurre, por ejemplo, en los estándares de Nación Más Favorecida o de Tratamiento Nacional.

Las diferentes formulaciones de este estándar en cada tratado han dado lugar a dos posturas doctrinales contrapuestas en relación con su contenido, que han encontrado reflejo en la jurisprudencia del arbitraje de inversión: la que considera que este estándar se corresponde con el estándar mínimo internacional de tratamiento del Derecho Internacional consuetudinario; y la que considera que el Trato Justo y Equitativo debe interpretarse autónomamente, lo que dota a los tribunales arbitrales que lo aplican de un mayor rango de discreción y elevan considerablemente el nivel del tratamiento que debe aplicar el Estado al inversor.

Así, algunos tratados de protección de inversión contienen una específica referencia al «Trato Justo y Equitativo de acuerdo con el Derecho Internacional consuetudinario» o, simplemente, «con el Derecho Internacional», que ha llevado a asimilar este estándar de tratamiento con el estándar de tratamiento mínimo requerido por el Derecho Internacional consuetudinario. Éste es el caso del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), que no sólo define el Trato Justo y Equitativo con arreglo al Derecho Internacional, sino que la *Free*

Trade Commission (FTC) establecida por este tratado ha interpretado, con carácter vinculante, que la referencia al Trato Justo y Equitativo en este tratado no exige un tratamiento más allá del requerido por el Derecho Internacional consuetudinario.

El estándar de tratamiento mínimo del Derecho Internacional consuetudinario se definió por el Tribunal del asunto *Neer vs. México* (1926, US-*Mexico Claims Commission*) como el «ultraje, mala fe, negligencia manifiesta o insuficiencia de acción gubernamental, tan alejado de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial sería incapaz de reconocer de inmediato su insuficiencia». Posteriores resoluciones de la Corte Internacional de Justicia en casos como *ELSI (Estados Unidos vs. Italia)* (1989, CIJ) o laudos del NAFTA como *Mondev vs. Estados Unidos de América* (2002, NAFTA) han venido a equiparar el Trato Justo y Equitativo con el estándar mínimo de tratamiento del Derecho Internacional, si bien estableciendo que este estándar debe ser actualizado, sin que pueda considerarse, sin más, el aplicable en los años de *Neer vs. México*. De este modo, sería suficiente para determinar su infracción la existencia de arbitrariedad o ignorancia de la tutela judicial efectiva (*due process*) en la actuación del Estado. Jurisprudencia posterior del NAFTA, como es el caso del laudo *Glamis Gold vs. Estados Unidos de América* (2009, NAFTA), ha confirmado, citando expresamente el asunto *Neer*, que el estándar de trato justo y equitativo se corresponde con el estándar mínimo, bajo el cual la conducta del Estado sería inaceptable por la comunidad internacional.

Sin embargo, y al margen de las resoluciones conforme al NAFTA, una buena parte de los laudos arbitrales que se han pronunciado acerca del estándar de Trato Justo y Equitativo han optado por acogerse a una formulación independiente, autónoma del concepto y más amplia que la limitada al estándar mínimo del Derecho Internacional. Éste es el caso de los laudos en *Tecmed vs. México* (2004, APPRI México-España), *PSEG vs. Turquía* (2007, APPRI Turquía-Estados Unidos de América) o *Siemens vs. Argentina* (2007, APPRI Alemania-Argentina). Este con-

cepto autónomo e independiente podría definirse como la obligación del Estado de garantizar al inversor un marco jurídico transparente y consistente, que proteja sus legítimas expectativas, libre de coerción y acoso y que garantice el derecho a la tutela judicial efectiva; en general, la obligación de actuar de acuerdo con los principios de la buena fe.

Normalmente, los casos de infracción de Trato Justo y Equitativo suelen recaer en dos categorías principales: aquéllos en los que el inversor reclama por una infracción del estándar cometida por los tribunales de justicia del Estado receptor de la inversión; y aquéllos en los que el inversor reclama por una infracción cometida por sus autoridades administrativas (lo que incluye la actuación legislativa del Estado).

La primera de las categorías es cada vez más escasa, ya que los modernos tratados de protección de inversiones han eliminado el requisito del agotamiento de las instancias locales con carácter previo al inicio de un arbitraje contra el Estado. Bajo esta categoría se encuentran los supuestos en los que el inversor reclama que la actuación del Poder Judicial del Estado receptor de la inversión ha resultado en una denegación de justicia, bien porque la decisión de fondo se aparta de forma irrazonable y manifiesta de los principios de justicia reconocidos por los principales sistemas legales del mundo (*Azinian vs. México*, 1998, NAFTA; *Mondev vs. Estados Unidos de América*); bien porque se ha producido una vulneración de la tutela judicial efectiva (*Loewen vs. Estados Unidos de América*, 2003, NAFTA; *Toto Costruzioni vs. Líbano*, 2009, Laudo de Jurisdicción, APPRI Italia-Líbano).

La segunda de las categorías, utilizada con mayor frecuencia, es aquélla en la que el incumplimiento del estándar se alega en relación con la adopción de decisiones administrativas e incluso legislativas. Dentro de esta categoría, se dan dos tipologías principales de casos: aquéllos en los que el inversor alega que se ha producido una infracción de sus expectativas legítimas; y aquéllos en los que la infracción alegada se refiere a la forma inapropiada en la que el Estado ha tratado al inversor.

En relación con las legítimas expectativas del inversor, el laudo en *Tecmed vs. México* definió que el principio de Trato Justo y Equitativo exigía al Estado receptor de la inversión «…brindar un tratamiento a la inversión extranjera que no desvirtúe las expectativas básicas en razón de las cuales el inversor extranjero decidió realizar su inversión…». Este principio ha sido desarrollado en laudos posteriores como *Occidental vs. Ecuador* (2004, APPRI Ecuador-Estados Unidos de América). Sin embargo, esta formulación, tal vez de forma extrema, ha abierto un amplio debate en relación con la tensión existente entre las legítimas expectativas del inversor y el derecho de los Estados soberanos a disfrutar de cierta flexibilidad regulatoria e incluso a modificar abiertamente sus políticas, particularmente como reacción a situaciones de crisis. Este debate ha encontrado su punto álgido en las múltiples reclamaciones de inversores contra Argentina, a consecuencia de las medidas adoptadas para combatir la crisis financiera que tuvo lugar en 2001 y 2002, en concreto, la pesificación de tarifas y la devaluación del peso. Estas reclamaciones están dando lugar a un buen número de laudos con diferentes enfoques (en ocasiones, abiertas contradicciones) sobre las legítimas expectativas del inversor y la defensa de estado de necesidad utilizada por el Gobierno argentino y a subsiguientes procedimientos de anulación (véase, por ejemplo, *CMS vs. Argentina*, Laudo 2006, Decisión de Anulación 2009, APPRI Argentina-Estados Unidos de América; *Enron vs. Argentina*, Laudo 2007, Decisión de Anulación 2010; *Sempra vs. Argentina*, Laudo 2007, Decisión de Anulación 2010, APPRI Argentina-Estados Unidos de América; *LG&E vs. Argentina*, Laudo 2007, APPRI Argentina-Estados Unidos de América).

Por otra parte, las reclamaciones por tratamiento inapropiado al inversor se refieren a un elenco de situaciones muy heterogéneas, que van desde la actuación discriminatoria o arbitraria (*SD Myers vs. Canadá*, 2002, NAFTA; *Saluka vs. República Checa*, Laudo de Jurisdicción, 2006, APPRI Holanda-República Checa; *PSEG vs. Turquía*; *Lemire vs. Ucrania*, 2010, Laudo de Jurisdicción, APPRI Estados Unidos de América-Ucrania), la falta de transparencia en la actuación del Esta-

do (*Metalclad vs. México*, 2000, NAFTA; *Maffezini vs. España*, 2000, APPRI Argentina-España), la ausencia de procedimiento debido (*MTD vs. Chile*, 2004, APPRI Chile-Malasia; *Bayindir vs. Pakistán*, 2009, APPRI Pakistán-Turquía; *Lemire vs. Ucrania*), la coerción o acoso al inversor (*Pope & Talbot vs. Canadá*, 2002, NAFTA; *Tecmed vs. México*) y, con carácter más general, situaciones en que se reclama que el Estado ha faltado a su obligación genérica de actuar de conformidad con los mandatos de la buena fe (*Tecmed vs. México*; *Saluka vs. República Checa*; *LG&E vs. Argentina*; *PSEG vs. Turquía*; *Sempra vs. Argentina*; *Biwater Gauff vs. Tanzania*, 2008, APPRI Reino Unido-Tanzania; *Plama vs. Bulgaria*, 2008, ECT; *SD Myers vs. Canadá*; *Lemire vs. Ucrania*).

(Autor: Alejandro López Ortiz. Abogado,
Hogan Lovells International LLP).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Kreindler, R.H. «Fair and Equitable Treatment - A Comparative International Law Approach». En Transnational Dispute Management, 2007, http://www.transnational-dispute-management.com; McLachlan, C., L. Shore y M. Weiniger. *International Investment Arbitration. Substantive Principles*. Oxford University Press, 2007. Márquez-Escobar, C. y L. Villegas-Carrasquilla. «Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo». En *International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, n.º 15, pp. 155-180. OECD, Directorate for financial and enterprise affairs. «Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law». Working papers on International Investment, 2004, n.º 3. Schreuer, C.H. «Fair and Equitable Treatment (FET): Interaction with other Standards». En *Transnational Dispute Management*, 2007, http://www.transnational-dispute-management.com; United Nations Conference on Trade and Development. «Latest Developments in Investor-State Dispute Settlement». *IIA Issues Note*, *International Investment Agreements*. 2010, n.º 1.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRIs). Arbitraje de inversiones. Cláusula de la nación más favorecida. Expropiación. Medidas equivalentes a la expropiación en el arbitraje de inversiones. Tratados de Libre Comercio (y cláusula arbitral en).

Treaty Claim (ver «Contract Claims vs. Treaty Claims»)

Tribunal Arbitral (ver «Colegio Arbitral»)

Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB)

1. Origen y funcionamiento

El Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) es una institución arbitral con sede en Barcelona, España, que administra arbitrajes nacionales e internacionales. Es una entidad sin personalidad jurídica que funciona como una institución anexa a la Asociación Catalana para el Arbitraje (ACA).

El TAB se creó formalmente en 1989, tras la promulgación de la Ley n.º 36/1988, de 5 de diciembre de 1988, de arbitraje. Tras la entrada en vigor de la nueva ley de arbitraje se creó en Barcelona una comisión de trabajo encargada de estudiar la viabilidad de crear una institución arbitral propia. Esta comisión de trabajo, integrada por representantes de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, del Colegio de Notarios de Barcelona, del Consejo de la Abogacía Catalana y del Colegio de Abogados de Barcelona, concluyó en un resultado positivo, la creación de la ACA y del TAB.

Desde su fundación, el TAB ha administrado alrededor de 1.500 arbitrajes, con una media de 93,37 casos por año desde el año 2000. De estos arbitrajes, alrededor del 70% fueron arbitrajes de derecho, mientras que el restante 30% lo fueron de equidad.

El TAB administra arbitrajes de todo tipo de materias, con la única restricción impuesta por el artículo 2.1 de la Ley n.º 60/2003 de 23 de diciembre de 2003, de Arbitraje (Ley de Arbitraje), esto es, que se trate de materias de libre disposición conforme a Derecho.

Se encuentran frecuentemente cláusulas de sumisión a arbitraje TAB en contratos en los que una o todas las partes tienen su domicilio en

Barcelona u otra ciudad de Cataluña, pero también en contratos en los que las partes tienen su domicilio fuera de Cataluña y deciden optar por una institución arbitral con sede en una ciudad distinta. También son frecuentes las cláusulas TAB contenidas en estatutos de sociedades, normalmente con domicilio en Cataluña, para decidir conflictos entre socios o entre la compañía y sus administradores.

En cuanto al funcionamiento interno del TAB, cabe señalar que la toma de decisiones se realiza a través de su Junta Directiva, compuesta por siete miembros. Estos miembros son nombrados por la ACA por un período de cuatro años, renovables, y entre ellos se encuentran dos representantes de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, dos del Colegio de Notarios de Barcelona, y tres del Colegio de Abogados de Barcelona. La toma de decisiones se realiza por mayoría.

Los arbitrajes administrados por el TAB se sujetan a las normas propias de la institución, recogidas en su reglamento. El primer reglamento del TAB estuvo vigente hasta julio del año 2004, momento en el que éste se sometió a una profunda modificación a raíz de la aprobación de la Ley de Arbitraje. El nuevo reglamento revisado (Reglamento) se aprobó el 26 de julio de 2004, consta de 35 artículos y sigue vigente en la actualidad.

2. Árbitros

En los escritos introductorios cada parte tendrá la opción de presentar al TAB los nombres de aquellos árbitros que propone y si hubiera coincidencia entre las listas en algún nombre, se entenderá que las partes lo escogen como árbitro.

De no proponerse ningún árbitro o de no haber ninguna coincidencia, el TAB podrá proceder libremente al nombramiento del árbitro que crea conveniente o bien, previamente, a anticipar a las partes una lista con un máximo de seis nombres, entre los cuales hará necesariamente la

designación. Para el segundo caso las partes dispondrán de un plazo de cinco días para indicar sus preferencias, que sólo serán vinculantes para el Tribunal en aquello que coincidan de forma expresa.

Por lo que respecta al número de árbitros, si la cláusula arbitral no se refiere a este punto y las partes tampoco se han puesto de acuerdo en el número de árbitros en sus respectivas instancias de arbitraje, conforme al artículo 10 del Reglamento, el TAB nombrará un árbitro único.

En la práctica, los árbitros son nombrados respetando la cláusula arbitral, si bien el nombramiento ha de ser aprobado por el TAB, quedando los árbitros sujetos al Reglamento y a los honorarios establecidos por el TAB. En el caso de tres árbitros, cuando en virtud del convenio arbitral cada parte estuviese obligada a nombrar un árbitro y éstos dos a nombrar al tercero, se entiende que las partes delegan en el TAB el nombramiento del mismo e, incluso, de cualquiera de los otros dos que quedara por elegir por las partes, si después de haber sido requeridas transcurrieran 30 días sin comunicar al TAB estos nombramientos.

3. Procedimiento

Los arbitrajes administrados por el TAB pueden seguir tres tipos de procedimiento: procedimiento ordinario, procedimiento simplificado y procedimiento abreviado. El 98% de los arbitrajes TAB siguen el procedimiento ordinario.

El procedimiento ordinario comienza con las respectivas instancias de arbitraje de la parte demandante y demandada, cuyo modelo está publicado en la página web del TAB. Una vez presentadas las instancias arbitrales de las partes y nombrado el tribunal arbitral, tiene lugar el acto más característico del TAB, el llamado «Acto de Inicio», regulado en el artículo 15 del Reglamento, a partir del cual se ordena y estructura el procedimiento arbitral, fijándose el calendario de actuaciones y otras reglas o pautas de actuación que las partes o el árbitro estimen convenientes.

4. Acumulación y suspensión del procedimiento

Otro de los aspectos que regula el Reglamento es la posibilidad del TAB de acumular procedimientos en la fase pre-arbitral, siempre y cuando aún no se haya nombrado árbitro, ya que en este último caso las partes deberán solicitar a éste la acumulación (artículo 1.5 del Reglamento).

En la práctica, el TAB sólo acumula procedimientos en la fase pre-arbitral cuando así lo ha solicitado al menos una de las partes. En este caso, y si la otra parte se opone, el TAB sólo acumula procedimientos si a la vista del estado de los mismos tiene sentido la acumulación y siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos (i) que el TAB tenga jurisdicción en todos los procedimientos a acumular; (ii) que todas las acciones ejercitadas sean compatibles entre sí; (iii) que los procedimientos a acumular se fundamenten en la misma causa de pedir.

El Reglamento no contiene norma alguna sobre la suspensión del procedimiento. No obstante, es posible que las partes, de común acuerdo, soliciten al TAB la suspensión, normalmente para negociar una posible solución amistosa del conflicto. La decisión de suspender o no el procedimiento únicamente la toma el TAB cuando aún no se ha nombrado árbitro, en este último caso las partes deben dirigir su petición a éste. Normalmente, la suspensión se concede por un período limitado de tiempo, al final del cual, el TAB consulta a las partes si el mismo debe ser extendido.

5. Gastos y costes

Respecto a los costes del arbitraje, éstos consisten en una tasa de registro, a la que ha de sumarse otro importe en concepto de honorarios de árbitro y gastos de administración del TAB. Este último importe se calcula en función de la cuantía del arbitraje y aplicando una tabla que a tal efecto tiene publicado el TAB en su página web.

Si se trata de un arbitraje de tres árbitros los honorarios calculados de conformidad con lo establecido en el párrafo anterior se duplican, tal y como prevé el artículo 30.4 del Reglamento, y cuando el arbitraje no tiene cuantía o es de cuantía indeterminada, la fijación de la tarifa la realizará el TAB de forma motivada, atendiendo a todos los datos del arbitraje, a la complejidad del asunto, al trabajo y tiempo que represente y al número de árbitros o cualificación especial solicitada por las partes.

En caso de reconvención, la parte reconviniente deberá abonar una suma adicional por la cuantía de la demanda reconvencional, sin perjuicio de la posterior decisión del árbitro sobre costas. Si la parte instada formulara reconvención, deberá adjuntar con su primer escrito de alegaciones el justificante de haber liquidado al TAB la suma necesaria para atender los gastos y honorarios previsibles para la tramitación de la reconvención. La falta de justificación de pago en el citado momento obligará al árbitro a no dar trámite a la reconvención.

Respecto a la decisión sobre las costas del arbitraje, en la instancia de arbitraje del TAB las partes deben elegir entre las siguientes modalidades de reparto de costas que deberá respetar el árbitro en el laudo: principio de vencimiento proporcional; principio de vencimiento absoluto; decisión limitada a los casos de grave negligencia o mala fe de la parte vencida; cada parte deberá abonar sus propias costas y las costas comunes por mitades; otro sistema alternativo.

Si no hay acuerdo entre las partes, de conformidad con el artículo 21 del Reglamento, el sistema de costas se regirá por el vencimiento, pudiendo imponerse por parte del árbitro un porcentaje inferior si el vencimiento no fuese total. No obstante, en cualquier caso, el árbitro tiene la libre potestad de efectuar una condena en costas por temeridad o mala fe arbitral.

6. Duración del procedimiento arbitral

En cuanto a plazos, en el año 2007, el plazo medio de los procedimientos administrados por el TAB desde la presentación de la instancia arbitral hasta la constitución del tribunal arbitral fue de 3,2 meses. La duración del procedimiento arbitral completo, esto es, hasta la emisión del laudo es de una media de diez meses.

El plazo para dictar el laudo sólo y exclusivamente puede ser prorrogado por el TAB. Esta prórroga será, salvo los casos excepcionales a criterio del TAB, de un máximo de dos meses y la concederá a petición de los árbitros antes de que haya vencido el plazo inicial para dictar laudo.

(Autora: Jessica Brenner).

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje institucional. Corte de arbitraje. Reglamento arbitral.

Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD)

El Tribunal de Arbitraje del Deporte, conocido, incluso entre los medios hispanos con el acrónimo francés (TAS), se creó en el año 1983 por el Comité Olímpico Internacional, a instancias del español Samaranch. Es una institución independiente de cualquier organización deportiva, que tiene su sede en Lausana. En la actualidad se encuentra bajo la autoridad administrativa y financiera del Consejo Internacional de Arbitraje para el Deporte (CIAD). Cuenta con cerca de 300 árbitros, elegidos por sus conocimientos de arbitraje y de Derecho del Deporte, que provienen de 80 países diferentes (tal como señala su página web: http://www.tas-cas.org/).

Este Tribunal se constituyó para resolver conflictos que de mutuo acuerdo le presenten las personas físicas o jurídicas con capacidad y poder de litigar, incluidas las personas jurídicas de Derecho Público,

siempre que el litigio tenga carácter privado, y sea como consecuencia de la práctica o del desarrollo del deporte y, en general, de cualquier actividad relativa al deporte. Por ejemplo, un conflicto sobre un contrato de patrocinio o un asunto de dopaje. No se podrán someter en ningún caso a su consideración litigios de tipo técnico-deportivo (por ejemplo, si un gol entró o no, si fue falta, etc.) o cuestiones que tengan prevista su solución en la Carta Olímpica o en los reglamentos vigentes que rigen cada uno de los deportes.

La competencia del TAS puede venir determinada también por remisión normativa. Es el caso, por ejemplo, de las remisiones contenidas en muchos de los Estatutos de las Federaciones Deportivas Internacionales. Por ejemplo, el artículo 62 de los Estatutos de la FIFA señala que: «1. La FIFA reconoce el derecho a interponer recurso de apelación ante el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS), un tribunal de arbitraje independiente con sede en Lausana, Suiza, para resolver disputas entre la FIFA, los miembros, las confederaciones, las ligas, los clubes, los jugadores, los oficiales, los agentes de partidos y los agentes de jugadores con licencia».

Para atender a este fin, el TAS emite laudos arbitrales, pudiendo, asimismo, ayudar a las partes a encontrar una solución pacífica a través de la mediación, en los casos en que este procedimiento se admite. En el seno del procedimiento arbitral cabe, asimismo, una conciliación previa. El tribunal emite también dictámenes consultivos relativos a cuestiones jurídicas ligadas al deporte. La opinión consultiva dada por el TAS no constituye un fallo arbitral y, por consiguiente, no tiene carácter vinculante.

Por último, pone en marcha tribunales *ad-hoc,* por ejemplo, con ocasión de los Juegos Olímpicos, los Juegos de la *Commonwealth* u otras grandes manifestaciones deportivas del mismo tipo. En atención a las circunstancias de tales eventos, se dictan reglas especiales de procedimiento para cada ocasión.

El Código de Arbitraje del TAS, cuya última versión es del 2010, es el texto legal donde se recoge, tanto la regulación de los aspectos sustantivos (disposiciones generales, composición del tribunal, objetivos, árbitros, organización…) como la regulación de los aspectos procedimentales relativos al procedimiento arbitral y a la función consultiva. La mediación se regula en un reglamento independiente.

Dejando a un lado la función consultiva del TAS, las reglas 27 y siguientes del Código de Arbitraje distinguen dos tipos de procedimientos:

a) El procedimiento arbitral ordinario, que se sigue cuando dos partes, con ocasión de una disputa deportiva, derivada de relaciones contractuales o de actos ilícitos, decidan someterse a la jurisdicción del tribunal por expresa sumisión recogida en un contrato que han pactado previamente, o incluso con carácter posterior. En este contexto, las partes son libres de ponerse de acuerdo sobre el Derecho aplicable. Si no existe acuerdo, se aplica el Derecho suizo. Como excepción a lo anterior, las partes pueden pedir al TAS que decida en Equidad y no en Derecho. Para resolver este tipo de controversia también podría aplicarse el procedimiento de mediación.

b) El procedimiento arbitral de apelación, que es aplicable para disputas que resulten de decisiones tomadas por los órganos de las federaciones o asociaciones, siempre y cuando los estatutos o reglamentos de dichos entes deportivos recojan esta posibilidad o haya sido previamente acordada por las propias partes. En este contexto, los árbitros dictaminan con base en las regulaciones de las federaciones o asociaciones interesadas por la apelación y, subsidiariamente, en las normas de Derecho elegidas por las partes o el Derecho de un país en el que el organismo esté domiciliado. Por ejemplo, el artículo 62.2 de los Estatutos de la FIFA señala que: «El procedimiento arbitral se rige por las disposiciones del código de arbitraje en materia deportiva del TAS. El Tribunal aplica en primer lugar los diversos reglamentos de la FIFA y, adicionalmente, el Derecho suizo».

El laudo arbitral pronunciado por el TAS es definitivo y vincula a las partes desde el momento en que se comunica. Podrá estarse a lo establecido en la Convención de Nueva York para ejecución de laudos extranjeros. No es recurrible, si las partes no están domiciliadas en Suiza, ni residen, ni tienen domicilio social en Suiza, o han renunciado expresamente al recurso en el convenio de arbitraje o en un acuerdo posterior, especialmente, al inicio del procedimiento.

Los plazos de solución del conflicto son relativamente cortos. Según la experiencia acumulada hasta ahora, un procedimiento ordinario dura entre seis y diez meses. Para los procedimientos de apelaciones el fallo puede, en principio, pronunciarse dentro de los tres meses siguientes a la entrega del expediente a los árbitros.

Puede afirmarse que la labor del TAS ha sido exitosa. Cada año, aproximadamente, 300 asuntos llegan ante el tribunal. Entre los factores que han contribuido a este éxito pueden destacarse los siguientes:

- En primer lugar, las Federaciones Internacionales, a diferencia de algunas nacionales como la española, son auténticas entidades privadas y no ejercen ningún tipo de función pública. Las competiciones que organizan y regulan no siempre se celebran en países que han publificado el deporte, por lo que el número de materias que pueden someterse a su conocimiento es notablemente superior al que puede llegar al Tribunal Español de Arbitraje Deportivo, por poner un ejemplo cercano. En una cuestión como el dopaje son varias las resoluciones que han recaído procedentes del TAS, mientras que en algunos países, como España, es una materia excluida de arbitraje privado.

- En segundo lugar, la mayor parte de las Federaciones Internacionales, o al menos las más importantes, tienen su sede, al igual que el COI, en Suiza, país de gran tradición arbitral.

De esta forma, el TAS ha terminado convirtiéndose en el instrumento «natural» de las Federaciones Internacionales y, poco a poco, de los agentes que con ellas se relacionan.

(Autora: Aránzazu Roldán Martínez.
Profesora Titular de la Universidad Europea de Madrid).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Página web de TAD (http://www.tas-cas.org). Carretero Lestón, J.L. y A. Camps Povill. «El Tribunal Arbitral del Deporte», *Derecho del Deporte. El nuevo marco legal.* Unisport, Deporte y Documentación, 1992, n.° 19, pp. 259-268. Larumbe Beain, K. «El procedimiento ante el Tribunal Arbitral del Deporte (TAS). Marco teórico. El procedimiento ordinario». *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006, n.° 18, pp. 487-497.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje *ad-hoc*. Arbitraje institucional, Arbitraje de equidad. Arbitraje de Derecho. Arbitraje deportivo.

Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR

La Organización Internacional del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) tiene un sistema propio de solución de las controversias relativas al Derecho del MERCOSUR. Actualmente, este sistema se encuentra regulado en el Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR (en vigor desde el 1 de enero de 2004) y en su Reglamento, aprobado por la Decisión CMC n.º 37/03.

Debe indicarse que el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) no es un órgano judicial de carácter «permanente», sino que son los «integrantes» del TPR quienes «deberán estar disponibles de modo permanente para actuar cuando se les convoque» (artículo 19). Dadas las amplias facultades que se reservan los Estados miembros del MERCOSUR en la designación de los árbitros que integran el TPR; en la elección de los árbitros que resolverán cada recurso concreto; y en la determinación de los criterios de funcionamiento del TPR, pese a su denominación,

el TPR se configura como un Tribunal Arbitral de Apelación («*Appeal Arbitral Court*») que puede constituirse en cualquier momento.

La composición del TPR es de cinco árbitros, de los que cada Estado miembro designa un árbitro y su suplente por un período de dos años, renovable por no más de dos períodos consecutivos. Tres meses antes del término del mandato de los árbitros, los Estados miembros deberán manifestarse respecto de su renovación o proponer nuevos candidatos (artículo 18.5). En caso de expirar el período de actuación de un árbitro que se encuentre entendiendo de una controversia, éste deberá permanecer en funciones hasta su conclusión (artículo 18.6).

La elección del quinto árbitro resulta más compleja. Deberá ser designado por un período de tres años, no renovable, salvo acuerdo en contrario de los Estados miembros. Deberá ser elegido por unanimidad de los Estados miembros, de entre los candidatos incluidos en una lista de árbitros, denominada «lista de quintos árbitros», por lo menos tres meses antes de la expiración del mandato del quinto árbitro en ejercicio. Si en el plazo previsto no se logra la unanimidad de los Estados miembros, su designación la realizará la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM) en los dos días siguientes, por sorteo de entre los integrantes de la «lista de quintos árbitros». La «lista de quintos árbitros» se conformará con ocho integrantes, de los que cada Estado miembro propondrá dos, que deberán ser nacionales de los países del MERCOSUR.

El Protocolo de Olivos contempla la posibilidad de que, una vez concluida la fase de negociaciones directas sin que se haya resuelto una controversia, las partes pueden recurrir directamente al arbitraje y pueden también «acordar expresamente someterse directamente y en única instancia al TPR, en cuyo caso éste tendrá las mismas competencias que un Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*» (artículo 23) (véase la voz «Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR»). Los laudos del TPR, cuando actúe como tribunal de primera instancia, no son susceptibles de ulterior recurso ante ningún tribunal.

Al margen de este supuesto excepcional, el TPR es un Tribunal de Apelación, ya que «cualquiera de las partes en la controversia podrá presentar un recurso de revisión al TPR, contra el laudo del Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*, en un plazo no superior a 15 días, a partir de la notificación del mismo» (artículo 17.1). No obstante, no todos los laudos (véase la voz «Laudos arbitrales en el MERCOSUR») de los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* pueden ser recurridos ante el TPR: existen excepciones y límites. Están excluidos los laudos de los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* que decidan una controversia *ex aequo et bono*, es decir, según equidad (artículo 17.3). Respecto de los laudos de los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* fundados en Derecho, sí cabe el recurso de revisión contra los mismos, siempre que el recurso se limite a «las cuestiones de Derecho tratadas en la controversia y a las interpretaciones jurídicas desarrolladas en el laudo del Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*» (artículo 17.2). Por lo tanto, no cabe recurrir en revisión las controversias sobre los hechos.

Cabe distinguir entre el funcionamiento ordinario y el extraordinario del TPR. En lo que respecta a su funcionamiento ordinario, prima la regla de la autonomía de la voluntad de los Estados miembros del MERCOSUR, quienes de común acuerdo podrán definir los «criterios» para el funcionamiento del TPR (artículo 20.3). Si no ejercen esta opción, el funcionamiento ordinario del TPR variará en función del número de Estados miembros del MERCOSUR afectados por la controversia. Si una controversia sólo afecta a dos Estados miembros, se puede considerar que el TPR funciona en «salas», ya que en estos casos el TPR estará integrado únicamente por tres árbitros. Dos de ellos serán nacionales de cada Estado parte en la controversia y el tercero, que ejercerá la Presidencia, se designará por el Director de la SAM al día siguiente de la interposición del recurso de revisión, de entre los árbitros restantes del TPR que no sean nacionales de los Estados partes en la controversia (artículo 20.1). Cuando la controversia involucre a más de dos Estados miembros del MERCOSUR, se puede considerar que el TPR funciona en «plenario», ya que estará integrado por los cinco árbitros (artículo 20.2).

En nuestra opinión, esta diferencia de funcionamiento en «salas» (compuestas por tres árbitros) y «plenario» (compuesto por cinco árbitros) puede significar en la práctica la frustración del objetivo que se persiguió al crear el TPR: garantizar una interpretación uniforme de la normativa del MERCOSUR. Hasta ahora, todas las controversias que se han sometido a los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* han sido controversias entre dos Estados miembros, por lo que su funcionamiento ha sido en «salas» de tres árbitros. Con un TPR funcionando con una composición de tres árbitros, que en integraciones sucesivas y diferentes pueden no adoptar los mismos criterios, se hace evidente el riesgo de no lograr la pretendida interpretación uniforme de la normativa del MERCOSUR, máxime cuando no existe previsión alguna de un recurso de armonización de doctrina judicial ante el «plenario» del TPR.

Respecto del funcionamiento extraordinario del TPR, el artículo 24 del Protocolo de Olivos dispone que el Consejo del Mercado Común (CMC) «podrá establecer procedimientos especiales para atender casos excepcionales de urgencia que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes». Esta sucinta disposición, que se ha desarrollado en la Decisión CMC n.º 23/04, merece dos comentarios. En primer lugar, se ha de destacar la amplia delegación legislativa que se realiza a favor del CMC, quien deberá determinar: a) qué se entiende por «casos excepcionales de urgencia, que pudieran ocasionar daños irreparables a las Partes»; b) cuáles son los «procedimientos especiales» para estos casos excepcionales de urgencia; y c) cuál será la composición del TPR (3,5 árbitros o un número diferente) que conocerá de los mismos. Algunos de estos extremos debieron quedar fijados en el Protocolo de Olivos. En segundo lugar, cabe preguntarse por la razón de ser de la previsión de estos «procedimientos especiales». Conforme al sistema de solución de controversias diseñado por el Protocolo de Olivos, existe una primera fase de negociaciones directas entre las partes, en una controversia que no se puede obviar, ni siquiera en estos casos «urgentes». Una vez concluidas las mismas en un plazo de 15 días, si una de las partes entiende que hay urgencia en su solución, puede recurrir unilateralmente al arbi-

traje. Es más, tiene dos opciones. Si opta por la creación de un Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*, el artículo 15 permite a los Tribunales *Ad-Hoc* dictar las medidas provisionales que consideren apropiadas «a solicitud de la parte interesada y en la medida en que existan presunciones fundadas de que el mantenimiento de la situación puede ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia». Por lo tanto, en este caso, la previsión del artículo 24 de unos «procedimientos especiales» ante el TPR, para casos que pudieran ocasionar «daños irreparables», carece de sentido. Como alternativa al establecimiento de un Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*, existe la opción, por mutuo acuerdo, de someterse directamente, y en instancia única, al TPR. Pero, también esta previsión, contemplada en el artículo 23, expresamente incluye la potestad del TPR de dictar medidas provisionales como si de un Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* se tratara. Entendemos que en estas circunstancias es lícito cuestionar el sentido de la previsión del artículo 24.

Con independencia de que el TPR tenga un funcionamiento ordinario o extraordinario, el alcance de su pronunciamiento podrá «confirmar, modificar o revocar los fundamentos jurídicos y las decisiones del Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*». Como corresponde a un tribunal de instancia superior, los laudos del TPR serán definitivos y prevalecerán sobre los de los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* (artículo 22).

Cabe señalar, finalmente, que el Protocolo de Olivos también delegó en el CMC la posibilidad de «establecer mecanismos relativos a la solicitud de opiniones consultivas al TPR, definiendo su alcance y sus procedimientos» (artículo 3). El CMC concretó esta previsión en el Reglamento del Protocolo de Olivos. Tienen legitimidad para solicitar opiniones consultivas todos los Estados miembros del MERCOSUR actuando conjuntamente, los órganos decisorios del MERCOSUR, los Tribunales Superiores de Justicia de los Estados miembros y el Parlamento del MERCOSUR. La opinión consultiva deberá referirse necesariamente a la interpretación jurídica de la normativa del MERCOSUR. Para emitir tales opiniones, el TPR actuará en «plenario», disponiendo de un plazo

máximo improrrogable de 45 días. Lo más criticable de esta novedad reglamentaria es el alcance de los efectos de las opiniones consultivas, que nunca serán vinculantes ni obligatorias, ni siquiera para quienes las solicitaron.

(Autor: Valentín Bou Franch. Catedrático de Derecho Internacional/ U. de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Amin Ferraz, Daniel y Sandra Picart García. «El arbitraje como forma alternativa de solución de controversia en el MERCOSUR». En: Bou Franch, Valentín (Coord.). *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 545-588. Bou Franch, Valentín, «Los procedimientos de solución de controversias en el MERCOSUR». *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, 2007, n.º 2, pp. 257-308. Rey Caro, Ernesto José. *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2002. Dreyzin de Klor, Adriana. «El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones». *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2005, n.º 3, pp. 69-105.

VOCABLOS CONEXOS: Laudos arbitrales en el MERCOSUR. Medidas compensatorias en el MERCOSUR. Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR.

Tribunal de Reclamos Irán-EE.UU.

Ver «Arbitraje mixto», «Corte Permanente de Arbitraje», «Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI»

Tribunal Superior de Justicia (en España)

Órgano jurisdiccional que se halla integrado en la actual planta judicial española y que va a conocer de las demandas de anulación que se planteen contra los laudos arbitrales.

El artículo 8.5. de la Ley de Arbitraje (en adelante, LA) dispone que el conocimiento de la anulación del laudo arbitral va a corresponder a los

Tribunales Superiores de Justicia del lugar [de la Comunidad Autónoma] en que se haya pronunciado el laudo arbitral. Se descarta que el órgano competente para conocer de la anulación del laudo arbitral sea el Tribunal Supremo (en adelante, TS); órgano excesivamente alejado del justiciable y que no facilita la inmediación propia de la técnica arbitral. Tampoco contribuye a la aceleración de la respuesta jurisdiccional en el arbitraje. No obstante, no hay que dudar acerca de que la jurisprudencia emanada del TS en las últimas décadas de aplicación de la Ley de Arbitrajes de Derecho Privado (en adelante, LAP) ha sido un instrumento de trabajo inestimable respecto de las importantes orientaciones que, ya el TS, había establecido sobre el régimen de actuación y de contenido del arbitraje que regulaba la LAP de 1953.

La diversa orientación relativa a que sean los Tribunales Superiores de Justicia y no el TS quienes conozcan de la anulación del laudo arbitral no tiene por qué producir una jurisprudencia dispar, tampoco ahora con la vigente LA y si, en todo caso, se produce, bienvenida sea si respeta el tratamiento cercano e inmediato que pueda precisar el arbitraje para cada caso en particular, aunque es conveniente que la deseada justicia intrínseca de esa jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia [como no puede ser de otra manera por tratarse de órganos jurisprudenciales de probada profesionalidad], las debe abocar a una unificación formal y sustantiva para no crear inseguridad jurídica.

No se comparten, por tanto, los temores de Barona Vilar que postulaba, ya con la vigencia de la LA de 1988, la uniformidad jurisprudencial del TS en la materia. La idea, desde luego, no es nueva. También la postuló Ortiz Navacerrada.

Para que se vea por dónde van mis tiros, propongo no airear, como hizo Ortiz Navacerrada, con la vigencia de la LA de 1988, que las Audiencias Provinciales originan una «pérdida de la unidad jurisdiccional». Esa supuesta «pérdida» no es determinante cuando, frente a ella, se postulan unos órganos jurisdiccionales colegiados de probada profesionalidad,

que no es ningún demérito respecto de la «unidad jurisdiccional» de un único órgano jurisdiccional que actúa, por ese único motivo, con el apelativo de Supremo. Los órganos jurisdiccionales colegiados han evidenciado, como regla general, que no han caído en el «provincianismo jurisdiccionalista» y que han sido proclives a la postulación de doctrinas muy uniformes. Tanto o más uniformes que en otras materias como pueden ser, por poner un ejemplo, las matrimoniales, en las que tampoco existe un órgano que, con el carácter de Supremo, unifique doctrina.

No se vaya a creer, sin embargo, que con eso abrimos la ventana a un modesto huésped que se pretende despachar por la puerta. Un examen de la jurisprudencia arbitral corrobora lo que se afirma, por lo que no se puede compartir que, generalísticamente y en materia de arbitraje, no exista unidad de criterio, tal y como postula Hinojosa Segovia.

Lo cual no es fácil de digerir. Lo sé. Seguramente porque no podemos quitarnos de la cabeza que, en la interpretación del derecho, el juez o magistrado es el *dominus* absoluto, desvinculado, por tanto, de las propuestas interpretativas de las partes. Para entendernos: primero, el juez o magistrado no está obligado a elegir una de las dos interpretaciones alternativas defendidas por las partes, es libre de adoptar una tercera; segundo, el juez o magistrado puede acoger una de las dos interpretaciones esgrimidas por las partes, pero por razones distintas a las dadas por la parte patrocinadora.

No obstante, no debe olvidarse que la gente no litiga por ver quién interpreta correctamente una disposición legal, como si se tratara de un concurso de listos. No. El objeto que enfrenta a las partes es, sin duda, más prosaico.

A través del excurso de los anteriores renglones deseo poner de manifiesto algo evidente: que el ámbito funcional de los órganos jurisdiccionales colegiados, para conocer de la denominada «acción de anulación»

[unida al ámbito territorial del pronunciamiento del laudo arbitral], es determinante para plantear la anulación del laudo arbitral.

Y lo diré. Ese carácter determinante supone que, si en la notificación del laudo arbitral no se hace constar ante qué órgano debe presentarse la anulación del laudo arbitral, no es posible que, en el desconocimiento básico de trámites jurisdiccionales, se justifique en un vicio formal de notificación, que no es intrascendente en orden a exculpar la presentación extemporánea de la petición de anulación del laudo arbitral. Es la tesis que planteó el ponente Saborit Marticorena con la vigencia de la LA de 1988. Decía: «La primera cuestión que debe resolverse (...) es el de comprobar si el recurso de anulación ha sido interpuesto dentro del plazo y en las condiciones establecidas por la Ley (...) de Arbitraje. Sobre este particular, el artículo 46 —es un precepto de la LA de 1988— de este texto legal establece que el conocimiento del recurso de apelación corresponderá a la Audiencia Provincial del lugar en donde se hubiera dictado el laudo, 2. El recurso se interpondrá por medio de un escrito motivado que habrá de ser presentado dentro de los diez días siguientes al de la notificación del laudo o de la aclaración a que se refiere el artículo 36, si alguna de las partes la hubiera solicitado. 3. En dicho escrito se expondrán los fundamentos que sirvan para apoyar el motivo o motivos de anulación invocados, proponiéndose la prueba que sea necesaria y pertinente, añadiendo el artículo 47. I que al escrito del recurso se acompañarán los documentos justificativos del convenio y del laudo arbitral. En el escrito del recurso dirigido a la Sección de lo Civil que por turno corresponda de la Audiencia Provincial, se alega que ha sido presentado el recurso de anulación del laudo el 26 de enero de 1996, notoriamente fuera del plazo de diez días, a contar del siguiente a la notificación del laudo, que fue el 25 de julio de 1995, porque esta notificación carecía de validez, al no haberse indicado (...) ante qué órgano debía ser presentado y, por eso, ignorando la parte este dato fundamental, se presentó el recurso ante la misma Junta Arbitral que lo dictó: el 4 de agosto de 1995. Segundo.- La alegación debe rechazarse porque, si bien es cierto que en la notificación del laudo no se

hizo constar contra qué órgano debía presentarse el recurso de anulación, también lo es que se dijo que cabían únicamente contra el laudo los recursos de anulación y de revisión con cita para el primero de los artículos 45 y siguientes, y del artículo 37, para el segundo, ambos de la Ley n.º 36/1988 del 5 de diciembre de 1988, con indicación de que había sido publicada en el Boletín Oficial del Estado, y siendo Letrado el que firmó el escrito del recurso de anulación presentado el 4 de agosto, quien tuvo que consultar la Ley citada para comprobar el plazo para recurrir, no puede apoyarse en ese vicio formal de la notificación que es intrascendente cuando se le estaban ofreciendo los preceptos legales que regulaba el recurso de nulidad, por lo que el error cometido no era de la notificación la que proporcionaba todos los datos necesarios para la interposición del recurso y reunía así los requisitos del artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial los que no se trasladaron a la Ley de Arbitraje, sino del propio letrado, reducido el error no sólo a la equivocación del órgano ante el que se presentó el recurso sino al órgano judicial que debía decretar la nulidad del laudo que entendió que era la misma Junta Arbitral y así solicitó ante ésta la nulidad, sin indicación alguna de la Audiencia Provincial de Madrid que es el competente con arreglo a la Ley ni de que se enviara el escrito a este Tribunal —énfasis mío—. Las equivocaciones expuestas extensivas al error acerca de la Consejería de la Comunidad de que dependía la Junta Arbitral, resultan, inexcusables para el letrado y trascienden a la parte en cuyo nombre se actuaba y no puede alegarse indefensión que podría haberse evitado con la diligencia —énfasis, de nuevo, mío— que podía exigirse al firmante del escrito por su condición personal. Tercero.- Por consiguiente, el recurso de anulación presentado y dirigido a la Audiencia Provincial con tanta dilación cuando el error tuvo que descubrirse al conocer que se había pedido por la contraria la ejecución del laudo desde mediados del mes de octubre de 1995, no debió ser admitida a trámite pero al haberse hecho, la causa de inadmisión se convierte ahora en causa de desestimación, lo que lleva consigo el mantenimiento del laudo» [Saborit Marticorena, F. SAPM de 28 de enero de 1997, en RVDPA, 3, 1997, § 149 (pp. 649 y 650)].

Y, claro está, el control jurídico así prospectado presupone que, en la actuación letrada —vamos, del abogado incauto jurídicamente—, figuran expresamente los criterios de orden jurisdiccional que justifican su imprudencia profesional.

(Autor: Antonio María Lorca Navarrete. Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad del País Vasco. Presidente de la Corte Vasca de Arbitraje).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Barona Vilar, S. «El recurso de anulación del laudo arbitral». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1988-89 (p. 119). Hinojosa Segovia, R. «Arbitraje nacional: la experiencia española». En *Revista de la Corte Española de Arbitraje,* 1999 (p. 363). Lorca Navarrete, A.M.ª. *La anulación del laudo arbitral*. San Sebastián: Edición Instituto Vasco de Derecho Procesal en coedición con la Corte Vasca de Arbitraje. 2008; Ortíz Navacerrada, S. «La Ley 36/1.988, de 5 de diciembre, de Arbitraje: aspectos procesales». En *Asociación Civil de 1989-1*, (p. 161).

VOCABLOS CONEXOS: Acción de nulidad. Asistencia judicial. Impugnación del laudo arbitral. Laudo.

Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR

La Organización Internacional del Mercado Común del Sur (MERCOSUR) tiene un sistema propio de solución de las controversias relativas al Derecho del MERCOSUR. En el momento presente, este sistema se encuentra regulado en el Protocolo de Olivos de 18 de febrero de 2002 para la solución de controversias en el MERCOSUR (en vigor desde el 1 de enero de 2004) y en su Reglamento, que fue aprobado por la Decisión n.º 37/03 del Consejo del Mercado Común (CMC).

Al procedimiento arbitral sólo pueden acceder los Estados miembros del MERCOSUR que sean parte en una controversia sobre el Derecho del MERCOSUR que no haya sido resuelta por ningún otro procedimiento de solución previsto en el Protocolo de Olivos (véase

la voz «Laudos arbitrales en el MERCOSUR»). En este supuesto, estamos ante un procedimiento jurisdiccional que, en primera instancia se planteará ante un Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*, cuyo laudo arbitral («*arbitral award*») podrá recurrirse ante el Tribunal Permanente de Revisión (TPR) (véase la voz «Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR»).

En la etapa inicial del procedimiento arbitral tiene una función primordial la Secretaría Administrativa del MERCOSUR (SAM), a quien corresponde recibir las comunicaciones de los Estados miembros que decidan recurrir al arbitraje; notificar inmediatamente de ello al Estado o Estados involucrados en la controversia y al Grupo Mercado Común; así como las gestiones administrativas que sean necesarias para el desarrollo del procedimiento arbitral (artículo 9).

La jurisdicción de los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* que se creen es obligatoria automáticamente. Su composición es siempre de tres árbitros. Cada parte en la controversia designará un árbitro titular y otro suplente, que actuará para reemplazar al titular en caso de incapacidad o excusa de éste en cualquier etapa del procedimiento arbitral. El árbitro titular y el suplente deben extraerse de una primera lista de 48 árbitros (ya no 40, como en el anterior Protocolo de Brasilia de 1991 para la solución de controversias en el MERCOSUR), en la que cada Estado miembro del MERCOSUR designa a 12 de ellos. En caso de que un Estado parte en la controversia no designe a sus dos árbitros (titular y suplente) en el plazo de 15 días, contados desde la fecha de la comunicación de la SAM de la decisión de un Estado miembro de recurrir al arbitraje, la SAM dispone de dos días para designarlos por sorteo de entre los árbitros propuestos por ese Estado miembro a la primera lista de árbitros.

Más compleja resulta la regulación de la elección del tercer árbitro, que desempeñará la Presidencia de cada Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* que se cree. Los Estados parte en la controversia disponen del mismo plazo

de 15 días para designar, de común acuerdo, a un tercer árbitro y a su suplente, cuya actuación está igualmente prevista para reemplazar al titular en caso de incapacidad o excusa de éste en cualquier etapa del procedimiento arbitral. La elección, por común acuerdo, del tercer árbitro y de su suplente, está sometida a dos requisitos, como son el no poder ser nacional de ninguna de las partes en la controversia, requisito que no se exigía en el anterior Protocolo de Brasilia, y el tener que ser elegido de una segunda lista de árbitros conocida como «lista de terceros árbitros». Para la constitución de esta segunda lista, cada Estado miembro propondrá cuatro candidatos para integrar la «lista de terceros árbitros». Llama la atención que, al menos uno de los árbitros indicados por cada Estado miembro para esta lista, no deba ser nacional de ninguno de los Estados miembros del MERCOSUR. Este elemento de «extranjería» respecto del MERCOSUR puede crear problemas prácticos en la designación de terceros árbitros, ya que absolutamente todos los árbitros deben ser «juristas de reconocida competencia en las materias que puedan ser objeto de las controversias y tener conocimiento del conjunto normativo del MERCOSUR» (artículo 35).

Curiosamente, si en el plazo previsto no se llega a un común acuerdo para la designación del tercer árbitro y de su suplente, no por ello la SAM adquiere competencias automáticas para su designación supletoria. Sólo si una parte en la controversia lo solicita, y no hay previsión de plazo para ello, la SAM procederá a su designación (sin que exista tampoco ningún plazo previsto para que así lo haga) por sorteo de entre la «lista de terceros árbitros», una vez excluidos los nacionales de los Estados parte en la controversia. Esta parca reglamentación crea facultades dilatorias y de bloqueo en la constitución de cada Tribunal Arbitral *Ad-Hoc*, que no cuadran bien con la perentoriedad de los plazos de los diversos procedimientos de solución de controversias del MERCOSUR. Complica esta situación el que la SAM sólo pueda designar por sorteo al tercer árbitro titular y no a su suplente. La designación supletoria por la SAM del tercer árbitro suplente tampoco estuvo prevista en el anterior Protocolo de Brasilia y también fue su Reglamento el que suplió esta la-

guna. Esta situación se debió haber corregido en el Protocolo de Olivos. Los designados como terceros árbitros disponen de un plazo máximo de tres días para comunicar, suponemos que a la SAM, la aceptación de su designación para actuar en una controversia. Esta previsión no existe para el caso de los árbitros designados unilateralmente por las partes en la controversia.

Respecto de las dos listas de árbitros mencionadas, el Protocolo de Olivos introduce una novedad hasta ahora desconocida en la práctica del arbitraje internacional entre Estados. Así, respecto de la primera lista de 48 árbitros, cada Estado, al designarlos, debe notificar el *curriculum vitae* detallado de sus candidatos a la SAM y a los demás Estados miembros del MERCOSUR. La novedad consiste en que se concede a cada Estado miembro la posibilidad de «solicitar aclaraciones» sobre las personas designadas por otros Estados miembros, durante un plazo de 30 días. En nuestra opinión, tan parca reglamentación no deja de suscitar interrogantes en una materia que normalmente queda a la discrecionalidad exclusiva del Estado que los designa, pues no se indica cuáles son las consecuencias de que se soliciten tales «aclaraciones», ni si hay obligación de respuesta y el plazo para ello, ni los aspectos de la persona de los árbitros sobre los que se pueden solicitar «aclaraciones». El Reglamento del Protocolo de Olivos únicamente añade que estas «aclaraciones (…) deberán ser respondidas» por el Estado miembro que los designó, en un plazo de 15 días (artículo 22). No se prevé consecuencia alguna, ni de las aclaraciones solicitadas, ni de las respuestas emitidas. Además, aunque se establece que la SAM tiene la obligación de notificar a todos los Estados miembros la lista consolidada de árbitros, el hecho de que algún Estado solicite «aclaraciones» introduce, en nuestra opinión, un elemento de incertidumbre acerca del momento en el que se debe considerar consolidada la lista definitiva de árbitros.

Respecto de la «lista de terceros árbitros», ocurre algo similar, ya que la Presidencia *Pro Tempore* deberá notificarla a los demás Estados miem-

bros, acompañada de los respectivos currícula. También todos los Estados miembros disponen de un plazo de 30 días para «solicitar aclaraciones respecto de las personas propuestas por los demás Estados miembros o presentar objeciones justificadas a los candidatos indicados». Las dudas indicadas anteriormente para la primera lista de árbitros se vuelven a repetir, aunque al menos en este caso sí se indica que las «aclaraciones» u «objeciones» deben referirse a las condiciones que deben cumplir todos los árbitros, previstas en el artículo 35 del Protocolo de Olivos. No obstante, en este caso, las dudas se agravan porque en el supuesto de que se presenten objeciones, si no se llega a una solución con el Estado proponente en un plazo de 30 días, «prevalecerá la objeción». Solución que en nuestra opinión parece algo radical, ya que si el Estado objetor se mantiene inflexible, se le está reconociendo por esta vía un auténtico derecho de veto.

En materia de procedimiento arbitral no ha habido grandes progresos. Cada Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* que se constituya dictará sus propias reglas de procedimiento, tomando como referencia las Reglas Modelo cuya aprobación se delega en el CMC y que se concretaron en la Decisión CMC n.º 30/04. Las reglas que se adopten en cada caso deben garantizar que cada una de las partes en la controversia «tenga plena oportunidad de ser oída y de presentar sus argumentos», asegurando además que los procesos se realicen de forma expedita (artículo 51). Existen algunas indicaciones adicionales. Por ejemplo, conforme al artículo 14, los escritos de demanda y de respuesta deben informar al Tribunal Arbitral *Ad-Hoc* de las instancias cumplidas con anterioridad al procedimiento arbitral y contener una exposición de los fundamentos de hecho y de derecho de las respectivas posiciones. En estos escritos debe quedar definitivamente fijado el objeto de la controversia, que debe coincidir con las cuestiones que fueron consideradas en las etapas anteriores. Todos los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* podrán, a instancia de parte, dictar medidas provisionales si existe riesgo de ocasionar daños graves e irreparables a una de las partes en la controversia. Estas medidas provisionales, si se recurre en revisión, se mantendrán hasta que el

TPR resuelva sobre ellas en su primera reunión (artículo 15). El plazo para dictar el laudo arbitral (véase la voz «Laudos arbitrales en el MERCOSUR») es de 60 días, prorrogable por decisión del Tribunal por un plazo máximo de 30 días (artículo 16).

Los Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* tienen la facultad de dictar su laudo sobre la base del Derecho (normativa del MERCOSUR y principios y disposiciones del Derecho Internacional aplicables en la materia, *ex* artículo 34) o de decidir la controversia *ex aequo et bono*, es decir, según equidad, si las partes así lo acuerdan.

(Autor: Valentín Bou Franch. Catedrático de Derecho Internacional/ U. de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Amin Ferraz, Daniel y Sandra Picart García. «El arbitraje como forma alternativa de solución de controversia en el MERCOSUR». En Bou Franch, Valentín. (Coord.). *Nuevas controversias internacionales y nuevos mecanismos de solución*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 545-588. Bou Franch, Valentín. «Los procedimientos de solución de controversias en el MERCOSUR». *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, 2007, n.º 2, pp. 257-308. Rey Caro, Ernesto José. *El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en el MERCOSUR*. Córdoba: Marcos Lerner Editora, 2002, p. 100. Martínez Puñal, Antonio. «El Protocolo de Olivos para la solución de controversias en MERCOSUR: una reforma en clave continuista». *Anuario de Derecho Europeo*, 2003, n.º3, pp. 177-198. Dreyzin de Klor, Adriana. «El Reglamento del Protocolo de Olivos. Algunas anotaciones». *Revista Latinoamericana de Derecho*, 2005, n.º 3, pp. 69-105.

VOCABLOS CONEXOS: Arbitraje interestatal. Laudos arbitrales en el MERCOSUR. Medidas compensatorias en el MERCOSUR. Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR.

U

Usos y costumbres mercantiles

La expresión «usos y costumbres mercantiles» hace referencia a una serie de prácticas comerciales recurrentes que rigen la celebración, validez, interpretación o ejecución de los negocios mercantiles. Consisten básicamente en la repetición de determinados actos por parte de los comerciantes, los cuales admiten tácitamente su carácter vinculante, como si de leyes se tratara. Así, los agentes económicos imponen sus propios usos y costumbres, convertidos en normas consuetudinarias, autónomas y de aceptación general, buscando con ello fórmulas más adecuadas a la realidad del tráfico mercantil actual, que genera problemas que las leyes nacionales no siempre alcanzan a resolver.

Los usos mercantiles pueden clasificarse en diferentes tipos. Así, algunos hablan de usos de carácter imperativo, usos contractuales y usos interpretativos. Los primeros cuentan con un valor vinculante, ya que han sido plasmados en normas nacionales, por lo que su carácter obligatorio resulta obvio. Se trata, por ejemplo, de convenios internacionales cuyas soluciones han sido integradas en la legislación estatal de algún país. En segundo lugar, los usos contractuales proporcionan herramientas a los operadores del comercio para, si así lo deciden, hagan uso de las mismas a la hora de elaborar sus contratos. Por ejemplo, los conocidos INCOTERMS de la Cámara de Comercio Internacional de París o los contratos tipo elaborados por numerosas entidades empresariales, nacionales e internacionales. En tercer lugar, los usos interpretativos sirven esencialmente para clarificar términos comerciales ambiguos o colmar posibles lagunas del Derecho positivo.

En el ámbito del comercio internacional, este conjunto de prácticas del comercio ha recibido distintos nombres —Derecho anacional, tercer Derecho—, siendo una de las expresiones más utilizadas la de «Nueva

Lex Mercatoria», en clara referencia a la *lex mercatoria* de la Edad Media, que regía las relaciones entre los comerciantes de modo uniforme, con independencia de la ley personal de los implicados y la ley del lugar de celebración del comercio. La naturaleza jurídica de la Nueva *Lex Mercatoria* y su eventual consideración como un sistema legal independiente ha sido objeto de un debate importante en las últimas décadas. Pueden distinguirse diferentes posturas en este sentido, entre las cuales nos interesa destacar dos.

Una primera corriente doctrinal considera este conjunto de prácticas y reglas como un auténtico sistema legal independiente, alternativo a los ordenamientos jurídicos estatales. Se habla así de la existencia de un Derecho autónomo del comercio internacional. Una segunda, por el contrario, no apoya la anterior consideración, esto es, no cree que se trate de un sistema jurídico entendido en el sentido clásico del término (ya que proviene de fuentes anacionales, no vinculadas con fuentes convencionales ni estatales), pero sí otorga un papel trascendental a tales reglas, en virtud de la autonomía de la voluntad material o de la incorporación por referencia. En otras palabras, los usos y costumbres mercantiles son facultativos, pero devienen vinculantes para las partes cuando éstas así lo han decidido, generalmente por medio de su inclusión en los pactos contractuales acordados entre ellas.

Actualmente, el arbitraje comercial internacional no puede entenderse de manera completa sin atender a la Nueva *Lex Mercatoria*, ya que ésta cobra su plena virtualidad en este marco, esencialmente en dos sentidos. En primer lugar, resulta necesario mencionar la exitosa Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional (LMACI), como instrumento de *soft law* que ha inspirado numerosas leyes y reformas legislativas en multitud de países del mundo. En segundo lugar, ambas realidades —Nueva *Lex Mercatoria* y arbitraje— se complementan en un mundo comercial transfronterizo que recurre cada vez con más frecuencia a este mecanismo alternativo de resolución de conflictos para solucionar controversias (excluyendo, al mismo tiempo, el recurso a los

órganos judiciales ordinarios), siendo que los usos y costumbres mercantiles se utilizan de manera constante para resolverlas.

Por lo que respecta a la LMACI, se ha considerado un auténtico hito del proceso codificador del arbitraje comercial internacional en el mundo, por lo que su estudio se considera indispensable para entender la regulación actual del arbitraje. Entre los factores que se han apuntado para explicar el éxito de este instrumento sobresale, entre otros, la sencillez de su expresión. Se ha destacado cómo la LMACI aborda el proceso arbitral desde el principio hasta el final, de una forma simple y fácilmente comprensible. Asimismo, ha contribuido a tal éxito la flexibilidad que proporciona un instrumento armonizador como una Ley Modelo, que no impone soluciones a los Estados interesados, sino que las refleja de una manera facultativa.

En cuanto a la aplicación de la Nueva *Lex Mercatoria* en la resolución de procesos arbitrales, esta cuestión hace referencia a la ley aplicable al fondo del asunto conocido por el árbitro. En este ámbito, cabe diferenciar dos clases de arbitraje. El llamado arbitraje de equidad, por un lado, y el llamado arbitraje de derecho, por otro. Mientras en el primero se confía en el saber y entender del árbitro (quien resolverá según la justicia en el caso concreto, esto es, en equidad), en el segundo se requiere la aplicación de normas estatales vigentes. En el primero, los usos y costumbres del comercio adquieren el mayor de los protagonismos; en el segundo, se otorga más bien a las leyes estatales, si bien en España, por ejemplo, el artículo 34.3 de la Ley n.º 60/2003, de Arbitraje, compele a los árbitros recurrir a los usos comerciales en todo caso, en línea con lo establecido por el artículo 28.4 de la LMACI.

Partiendo de lo anterior, se ha constatado que, en el ámbito del comercio transfronterizo, los árbitros tienden a resolver las controversias con base en usos y costumbres creados en el seno de la comunidad internacional de comerciantes, en defecto de ley estatal aplicable elegida por las partes. De esta suerte, los árbitros se erigen como el «poder judicial» de esta co-

munidad, los cuales velan por el cumplimiento de tales reglas anacionales. Son especialistas en la materia objeto de la controversia (lo que no cabe esperar de los jueces), encargados de impartir justicia respetando los usos y costumbres de la profesión de que se trate. A su vez, hay quien asegura que las resoluciones arbitrales generan nuevas reglas jurisprudenciales.

(Autora: Carmen Azcarraga. Profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Valencia).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Carbonneau, T. (Ed.). *Lex Mercatoria and Arbitration*. New York: Transnational Juris Publications, 1990. Fernández Rozas, J.C. «*Lex Mercatoria* y autonomía conflictual en la contratación transnacional». *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. IV, 2004. Juenger, F. y S. Sánchez Lorenzo. «Conflictualismo y *Lex Mercatoria* en el Derecho Internacional Privado». *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LII, 2000-1. Kassis, A. *Théorie générale des usages du commerce*. París: LGDJ, 1984. Ruiz Abou-Nigm, V. «The *Lex Mercatoria* and its Current Relevance in International Commercial Arbitration». En *Liber Amicorum* en Homenaje al Profesor Dr. Didier Opertti Badán. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2005. Schmitthoff, C. *International Trade Usages*. París: Institute of International Business Law and Practice, 1987.

VOCABLOS CONEXOS. Arbitraje de equidad. Cámara de Comercio Internacional de París. Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional. *Lex Mercatoria*. Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales.

U.S. Model BIT

Algunos países exportadores de capital, como Estados Unidos de América, cuentan con un texto modelo de APPRI, que es utilizado como punto de partida cuando se inician las negociaciones para celebrar un tratado bilateral de inversiones con otro Estado. El actual U.S. Model BIT data del año 2004, fue elaborado por el *Office of The United States Trade Representative (USTR)* y el *Department of State* americano y supone una actualización del U.S. Model BIT de 1994. Los preceptos del 2004 U.S. Model BIT, que recogen los principios y estándares que van a regir la política internacional de protección de inversiones estadounidenses, están

en consonancia con la *Bipartisan Trade Promotion Authority Act*, del año 2002. El texto modelo del 2004, utilizado por los Estados Unidos de América para negociar BITs como el de Ruanda y Uruguay, está conformado por 37 artículos, agrupados en tres secciones, y tres Anexos. Atendiendo a su contenido más esencial, el U.S. Model BIT ofrece una serie de derechos sustantivos que protegen al inversor (como trato nacional, trato de nación más favorecida y estándar mínimo de tratamiento —que incluye trato justo y equitativo y protección y seguridad plena, artículos 3-5—); ofrece una serie de garantías en caso de producirse una expropiación (artículo 6); asegura la libre transferencia de pagos (artículo 7); limita las circunstancias en las que el país receptor de la inversión puede imponer requisitos post-establecimiento (artículo 8); no admite las limitaciones respecto de la nacionalidad del personal de dirección a cargo de la inversión (artículo 9) e instaura el recurso al arbitraje internacional —CIADI, reglas UNCITRAL u otras instituciones o reglas admitidas por las partes— como mecanismo para resolver las controversias que puedan derivarse de la inversión (artículos 23-36). Asimismo, el contenido de este U.S. Model BIT del 2004, que ha sido usado como referente por otros países industrializados y a la vez es objeto de críticas por parte de países en vías de desarrollo y ONGs, presenta otras características adicionales reseñables: en su preámbulo se indica que los objetivos económicos han de implementarse de forma que sean respetuosos con la protección de la salud, medio ambiente y derechos laborales internacionalmente reconocidos; alguno de sus preceptos refleja el contenido de decisiones arbitrales, como sucede con la detallada definición de inversión contenida en el artículo 1 y que está inspirada en el *Caso Fedax NV vs. Republic of Venezuela*; el U.S. Model BIT alude expresamente (artículo 5) y define (anexo A) la noción de derecho consuetudinario internacional; igualmente define el concepto de expropiación indirecta y ofrece un listado no exhaustivo de factores que ayudan a determinar en cada caso si ésta se ha producido (anexo B.4); introduce una *umbrella clause* (artículo 24); afirma que la aceptación de la sumisión de una controversia a arbitraje, proclamada en el tratado, cumple con los requisitos sobre consentimiento contenidos en textos como la Convención CIADI (artículo 25); establece un plazo de

tres años para presentar la demanda (artículo 26.1); obliga al demandante arbitral a emitir un *waiver* por el cual éste renuncia a acudir a otros mecanismos extraarbitrales de solución de controversias (artículo 26.2); regula la figura de las medidas cautelares (artículos 26.3 y 28.8); permite que el tribunal arbitral admita *amicus curiae*, lleve a cabo audiencias públicas y también posibilite el acceso a documentos del proceso arbitral (artículo 29); regula la consolidación de demandas (artículo 33); únicamente autoriza a los tribunales arbitrales a indemnizar daños económicos o restitución de la propiedad (artículo 34), etc. En relación con el futuro de este texto, en el año 2009 la Administración Obama anunció su voluntad de revisar el U.S. Model BIT con el fin de que éste siga siendo consistente con la nueva agenda económica estadounidense. A raíz de ello se ha generado un intenso debate social, en el que están participando diversos grupos de interés y agencias gubernamentales.

(Autora: Katia Fach Gómez. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza, LL.M.).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS; McLachlan, C.L. Shore y M. Weiniger, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*. Oxford: Oxford International Arbitration, 2008. Rogers, C.A. y R.P. Alford. *The future of investment arbitration*. Oxford: Oxford University Press, 2009. Vandevelde, K.J. *U.S. International investment agreements*. Oxford University Press, 2009. Álvarez, J.E. *«Contemporary Foreign Investment Law: an* «Empire of Law» or the «Law of Empire»?». *Meador Lecture Series, 60 University of Alabama, Alabama Law Review,* 2009, p. 943. Murphy, S.D. «Contemporary Practice of the United States relating to International Law: International Economic Law», 98 *American Journal of International Law,* 2004, p. 836. Fach Gomez, K. «Estados Unidos revisa su modelo de Tratado Bilateral de Inversiones: la administración Obama va a desarrollar una nueva política en materia de inversiones?». *AA.VV*. Actas del Congreso Internacional sobre Arbitraje celebrado en Logroño, 2010. Fach Gómez, K. «El informe del Advisory Comitee on International Economic Policy respecto del Model BIT». *Revista de arbitraje comercial y de inversiones* n.º 1/2010; http://www.state.gov/e/eeb/ifd/bit/; http://www.state.gov/e/eeb/ifd/bit/117402.htm.

VOCABLOS CONEXOS: Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRI). Arbitraje de inversiones. Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI). Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI.

V

Verificación sobre un conflicto de intereses (ver «Conflict check»)

Vistas (ver «Audiencias»)

W

Witness of fact (ver «Testigo de los hechos»)

Witness statement

Witness statement (cuya traducción al español sería «declaración de testigo») es el contenido de lo dicho por un testigo durante un proceso arbitral y que es usado como prueba. La declaración, según la convicción que cree en los árbitros, puede demostrar los hechos a los que se refiere.

El *witness statement* puede estar contenido en una declaración oral, brindada directamente frente al propio tribunal arbitral, o mediante una *deposition* sin presencia de los árbitros, que luego de ser grabada en audio o video es mostrada a los árbitros. Sin embargo, es una práctica bastante común, especialmente en el arbitraje internacional, el uso de declaraciones escritas. De hecho, el término *witness statement* suele usarse con más frecuencia para referirse a la declaración escrita que a la declaración oral.

En esa línea, es bastante común que el *direct examination* (o interrogatorio directo por la parte que ofreció el testigo) conste en una declaración escrita, y que se reserve para una declaración oral ante el propio tribunal, el *cross examination* (interrogatorio cruzado por la contraparte de quien ofreció el testigo), y de ser el caso el *redirect* (repreguntas de quien ofreció el testigo luego de realizado el *cross examination*) y *el recross* (repreguntas de la contraparte luego del *redirect*) (sobre el particular, ver definición de *witness of fact*).

Es importante tener en cuenta que, si bien el término *witness statement* puede usarse indistintamente para una declaración de un *witness of fact* (o testigo de hechos) o un *expert witness* (o testigo experto o perito), lo cierto es que es más común el uso del vocablo para referirse a la declaración del primero, pues el *statement* del segundo suele ser denominado *expert report*, informe de experto o informe pericial.

Como se indicó, es común que se presente un *written witness statement* conteniendo lo que sería el *direct examination* por escrito. No es extraño que se permita la presentación de un segundo *witness statement* complementario, luego del intercambio de las primeras declaraciones de testigos entre las partes. Ello permite que los testigos puedan hacer referencia a las declaraciones de los demás testigos, comentarlas, contradecirlas o aclararlas.

Se discute mucho la conveniencia del uso de las declaraciones escritas entregadas por anticipado. La principal crítica que se hace es que estos reportes son preparados en coordinación muy estrecha con los abogados de las partes o redactados por ellos, haciéndoles perder espontaneidad y generando dudas de si uno está realmente leyendo la declaración del testigo o la de la parte.

Sin embargo, existen una serie de ventajas. La principal es que permite al abogado de la contraparte preparar su *cross examination* teniendo de antemano el *witness statement*, pudiendo vincularlo con el resto de las

pruebas. Ello contrasta con lo que ocurre si el *direct examination* se hace en la misma audiencia y recién entonces la contraparte de la que ofreció el testigo toma conocimiento de su declaración y de los hechos que afirma, reduciendo la posibilidad de contradecirlo y de estar adecuadamente preparado para el *cross examination*. Permite además que los árbitros lleguen mejor preparados a la audiencia y con mayor conocimiento de quién es el testigo y cuál es la importancia del mismo. Todo ello permite un interrogatorio más intenso, detallado y preparado, lo cual puede contribuir a una mejor comprensión del caso. Estas ventajas explicarían el uso común de las declaraciones de testigos presentadas por escrito de forma anticipada.

Cuando se presentan por escrito los *witness statement*, la declaración en la audiencia por parte del testigo suele iniciarse con el juramento o afirmación por parte del declarante que dirá la verdad. Luego de ello se le pone por delante una versión firmada de su *statement* y se le pide, de una manera bastante ceremonial y formal, que lo revise y confirme si es su *statement*. Luego de pasar algunas páginas, el testigo ratifica que es el *statement* por él presentado. En ocasiones efectúa correcciones, aclaraciones o precisiones a solicitud del abogado de la parte que lo ofreció como testigo. En esos casos el *statement* se entiende corregido o completado en los términos expresados por el testigo. Sin embargo, lo común es que las aclaraciones o precisiones sean accesorias o secundarias.

Usualmente, las reglas limitan el *direct examination* del testigo en la audiencia a estos actos especialmente formales y ceremoniales. En esas situaciones no existe propiamente un interrogatorio inicial por parte del abogado que ofreció el testigo. En ocasiones se admite un *direct examination* breve y limitado. Y más excepcionalmente se admite un *direct examination* amplio y completo.

Luego se pasa el *cross examination* y, de ser el caso, al *redirect*, *recross*, *re-redirect* y *re-recross*, que se realizan de manera oral en la propia audiencia. Es de esperar que estos interrogatorios sean más intensos y completos.

La flexibilidad del arbitraje permite una gran diversidad de reglas para regular la actuación del *witness statement*. Todo dependerá de los reglamentos a los que se sometieron las partes, los acuerdos a los que hayan llegado y las reglas que establezca cada tribunal. En esa línea, la diversidad es la regla.

El *witness statement*, cuando es oral, suele recogerse en un *transcript* o transcripción de la audiencia efectuado por un *reporter* que va digitando durante las declaraciones el contenido de las mismas. En ocasiones, en cambio, se acude al uso de videos o grabaciones de las actuaciones. Sea cual sea la técnica de registro de la declaración, lo recomendable es el uso de un medio que asegure contar con una versión completa y precisa de lo declarado.

(Autor: Alfredo Bullard. Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS: Bishop, Doak y Edward G. Kehoe (Editores). 2.ª Ed. «The Art of Advocacy in International Arbitration). *Juris*. International bar association. «Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration» (http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx). Krieger, Stefan H. y Richard K. Neumann Jr. «Essential Lawyering Skills». Aspen Publishers, 2003, 2.ª Ed. Strauss, Michael. «International Commercial Law: Cases, Materials and Notes on the Resolution on International Business Disputes», p. 871.

VOCABLOS CONEXOS: Careo de peritos. Exhibición de hechos (*discovery*). Prueba. Declaraciones escritas. Testigo. *Witness of fact*.

Relación de participantes

Eva Andrés Aucejo

Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad de Barcelona, asignatura de la que ha sido profesora en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Licenciada en Derecho con Premio Extraordinario y en Ciencias Económicas y Doctora en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad de Valencia. Autora de numerosas publicaciones en España, Italia y Perú.

María Arias Navarro

Letrada del Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, Adjunta a la Secretaría General de la Corte Española de Arbitraje.

Es Licenciada en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Master en el Ejercicio de la Abogacía, Asesoría Jurídica de Empresas de la Universidad Carlos III de Madrid. Master de Tributación Práctica de la Universidad Carlos III de Madrid. Master de Derecho de Empresa del Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación. Curso práctico de Arbitraje del Consejo General de la Abogacía Española. Academia Matritense del Notariado (2006-2007). Ponente del Observatorio del Arbitraje del Foro por la Justicia del Consejo General de la Abogacía Española. Miembro del Club Español del Arbitraje (CEA). Miembro de la *International Bar Association.* Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

Carmen Azcárraga Monzonís

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Internacional Privado del Departamento de Derecho Internacional «Adolfo Miaja de la Muela» de la Universitat de València. Licenciada en Derecho en 2002 por la misma Universidad. Premio extraordinario de Licenciatura. Master en Abogacía Internacional Práctica en 2006 por la Universidad de Murcia. Doctora en Derecho Internacional en 2007 con la tesis «Sucesiones internacionales y multiculturalidad», publicada posteriormente en Tirant lo Blanch en 2008 bajo el nombre «Sucesiones internacionales. Determinación de la norma aplicable». Autora y coautora de artículos científicos y monografías en diferentes ámbitos (sucesiones internacionales, alimentos internacionales, arbitraje internacional, género y relaciones internacionales, extranjería…). Estancias de investigación en diferentes países, habiendo trabajado, además, en distintas ocasiones en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Colaboradora habitual de la base de datos Tirant *On Line* y ALR International (Thomson Reuters) comentando jurisprudencia de Derecho Internacional Privado y Extranjería. Miembro del Proyecto de Investigación del Ministerio de Ciencia e Innovación (Programa I+D) DER2010-17126 «La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del s. XXI». Investigadora Principal: Dra. Silvia Barona Vilar.

Domitille Baizeau

Domitille Baizeau es socia de LALIVE en la oficina de Ginebra, Suiza. Cuenta con 15 años de experiencia en la resolución de controversias, de los cuales ha dedicado diez exclusivamente al arbitraje internacional. Participa y ha participado como abogada de parte y árbitra en numerosos arbitrajes, tanto *ad-hoc* (CNUDMI) como institucionales (CCI, LCIA, Reglas Suizas de Arbitraje Internacional, el Reglamento de la Fundación Surafricana de Arbitraje y AAA/ICDR, el Reglamento de Arbitraje de la OMPI), regidos por normas procesales y sustantivas de diversa procedencia, incluyendo de Derecho inglés, suizo y francés, en-

tre otros. Se ha especializado en controversias relativas a inversiones, *joint-ventures*, fusiones y adquisiciones y contratos mercantiles internacionales de compraventa y distribución en los sectores de energía, de telecomunicaciones, de industria farmacéutica y de construcción. Es miembro del Comité de Arbitraje de la Cámara de Comercio y de Industria de Ginebra, la cual administra los arbitrajes bajo las Reglas Suizas de Arbitraje Internacional. Ha sido codirectora del grupo *ASA below 40* (en el seno del *Swiss Arbitration Association*) del 2007 al 2010 y del *LCIA Young International Arbitration Group* (YIAG) del 2005 al 2009. Es miembro de numerosas asociaciones profesionales y figura en varios listados de árbitros. Interviene con frecuencia como ponente o moderadora en conferencias dedicadas al arbitraje internacional, además de publicar con regularidad sobre este tema. También es miembro del comité de redacción del *ASA Bulletin*. Figura en la clasificación realizada por *Chambers Europe* y *Chambers Global* y por *The International Who's Who of Commercial Arbitration.* Se formó como abogada en Nueva Zelanda y es también abogada en Inglaterra y Gales, así como en Ginebra.

Domingo Bello Janeiro

El profesor Domingo Bello nació en La Coruña y se licenció en Derecho con Premio Extraordinario de fin de carrera por la Universidad de Santiago de Compostela, en la que consiguió el grado de Doctor con la máxima calificación de sobresaliente *cum laude* y el Premio Extraordinario.

El profesor Bello Janeiro es autor de libros sobre la sociedad de gananciales, el retracto, precario, los arrendamientos urbanos o la protección de consumidores y usuarios y de más de medio centenar de artículos científicos, siendo sus publicaciones traducidas al idioma ruso por parte del Centro de Derecho Civil Adjunto a la Oficina del Presidente de Rusia, y es miembro del Consejo de Redacción de la Revista Española de Derecho Agrario y Alimentario y de las Revistas Jurídicas de las Universidades de Santiago de Compostela, La Coruña y Granada, dirigiendo la colección Derecho de Daños de la editorial Reus.

Está en posesión de la Cruz de San Raimundo de Peñafort, máxima condecoración jurídica en España, otorgada mediante Orden del Ministerio de Justicia, como reconocimiento por su labor investigadora en el ámbito jurídico.

Fue Director General de la Escuela Gallega de Administración Pública (EGAP), Vice-Decano de la Facultad de Derecho en la Universidad de Santiago de Compostela, ha sido designado árbitro por el Banco Mundial del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) para distintos procesos arbitrales y ha sido conferencista invitado en distintas oportunidades en el Congreso Internacional de Arbitraje de la Embajada de Francia en Lima, la Pontificia Universidad Católica del Perú y el Estudio Mario Castillo Freyre.

Académico de Número de la Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, el Doctor Bello es Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de La Coruña.

Carlos Blancas Bustamante

Catedrático de Derecho Constitucional y de Derecho Laboral de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Es Doctor en Derecho y ha sido Ministro de Estado del Perú en la cartera de Justicia y luego en la de Trabajo, así como Diputado nacional. Ha integrado la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional, designada por el gobierno de transición del Doctor Valentín Paniagua en el año 2001 y, también, la Comisión de Expertos para elaborar la Ley General de Trabajo, designada por el Congreso de la República el año 2002. Fue condecorado por el Gobierno con la «Orden del Trabajo» en el Grado de Gran Oficial, en el año 2004 y es Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia y de las Comisiones de Constitución y Justicia del Congreso de la República del Perú.

Víctor Bonnín Reynés

Licenciado en Derecho y Master en Derecho Internacional por la Universidad de ESADE, Víctor Bonnín también posee el título

de Grado en Derecho por la Universidad de Ginebra, así como titular de un Master en Derecho de los Negocios (MBL) por la misma universidad y por el que obtuvo el Premio Lenz & Staehelin.

Desde el 2007 es abogado del departamento de arbitraje del despacho Garrigues, si bien durante los años 2010 y 2011 estuvo en la oficina de Nueva York de Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom, en calidad de International Visiting Attorney. Cuenta con experiencia como abogado y secretario de tribunales arbitrales en procedimientos nacionales e internacionales, tanto institucionales (CCI, LCIA, CIMA, CAM, etc.) como *ad-hoc*. Previamente trabajó en el departamento de arbitraje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Ginebra como investigador y profesor asistente de la profesora Gabrielle Kaufmann-Kohler y en el departamento legal de la multinacional DuPont de Nemours, S.A. También realizó sendas pasantías en la Secretaría de la Corte de Arbitraje Internacional de la Cámara de Comercio Internacional de París y en el despacho Notter & Mégévand en Ginebra.

Además de su labor como abogado, actualmente también desempeña el cargo de coordinador en el European Coordinating Committee of the ICC Young Arbitrators Forum, y colabora con la Universidad de ESADE, en la que imparte cursos sobre arbitraje internacional en el programa de Master de Derecho Internacional de los Negocios (DIN). Igualmente, es autor y coautor de numerosos artículos relativos al arbitraje internacional y ha participado como moderador en congresos y seminarios de arbitraje internacional.

Valentín Boy Franch

Catedrático de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia. Licenciado en Derecho con grado (1986) y Doctor (1990) por la Universidad de Valencia (España). Diplomado en Derecho Internacional del Mar por *The Rhodes Academy of Oceans Law and Policy* (Grecia, 1999) y en Derecho Internacional del Medio Ambiente por *The Institute of Public International Law and International Relations of*

Thessaloniki con la calificación de *summa cum laude* (Grecia, 2000). Ha sido beneficiario de diversas becas, entre otras, del Ministerio español de Asuntos Exteriores para los cursos de *The Hague Academy of International Law* (Holanda, 1987), de la OTAN para la realización de un trabajo de investigación sobre el mar territorial (1993), del *Deutscher Akademischer Austauschdienst. Programmabteilung Nord* para realizar una estancia investigadora en el Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y de Derecho Internacional de la Universidad de Heidelberg (Alemania, 1998). Premio a la investigación otorgado por la Academia de Legislación *Ramón Llull* (1991). Premio al mejor trabajo investigador otorgado por la OTAN (1994). Premio Bancaixa de estudios sobre el agroentorno (1996). Profesor de postgrado en universidades de Europa y Latinoamérica.

Jessica Brenner

Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona en 2006, Premio Extraordinario de Derecho. Ha sido abogada asociada de la firma Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, departamento contencioso y arbitraje internacional (2007 a 2010). Desde el año 2010 es abogada instructora de la *Autoritat Catalana de la Competència.*

Alfredo Bullard González

Maestría en Derecho de la Universidad de Yale (USA). Abogado graduado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima). Es Profesor de Derecho de la Competencia, Derecho Civil, Análisis Económico del Derecho y Arbitraje tanto en la Pontificia Universidad Católica del Perú como en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor Visitante de Derecho de la Competencia de la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad Torcuato di Tella, Buenos Aires (Argentina). Profesor Visitante de la Escuela Superior de Economía y Negocios de El Salvador. Presidente y Miembro del Consejo Directivo de la de la Asociación Latino e Iberoamericana de Derecho y Economía (ALACDE).

Ha participado como árbitro en más de 150 arbitrajes incluyendo casos administrados por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de París, ICC, por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y en arbitrajes *ad-hoc*.

Presidente de la Comisión Técnica del Ministerio de Justicia para la revisión de la Ley General de Arbitraje n.º 26572 que culminó con la publicación de la nueva Ley de Arbitraje del Perú. Ha sido Presidente del Tribunal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual.

Cuenta con distintos reconocimientos como el Premio «Andrés Roemer/Microsoft» por su aporte al Desarrollo del Análisis Económico del Derecho en Latinoamérica (2008) y la inclusión en distintos listados como el Listado como «Líder» en *Dispute Resolution* en *Which Lawyer Practical Law Company* (2007/2008), el Listado como «Altamente Recomendable» en *Restructuring and Insolvency* en *Which Lawyer Practical Law Company* (2007/2008), el Listado como «Altamente Recomendable» en *Competition/Antitrust* en *Which Lawyer Practical Law Company* (2007/2008), Listado como abogado en temas de Competencia en el Directorio de *The International Who's Who of Competition Lawyers and Economists*, Revista *Global Competition Review* (2006/2007), el Listado entre los 34 árbitros más reconocidos a nivel latinoamericano en la Revista Internacional *Latin Lawyer* (2006), o el Listado primero entre los 10 árbitros más solicitados, Semana Económica (5 de diciembre de 2004).

Es autor de diversos libros entre los que destacan *«Derecho & Economía. Análisis Económico de las Instituciones Legales»* y *«La Relación Jurídico-Patrimonial»*. Es también autor de diversos artículos sobre temas de su especialidad y Miembro del Consejo Consultivo del *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio y Arbitraje*.

M.ª Ángeles Cano Linares

Doctora en Derecho. Profesora de Derecho Internacional Público en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Estancias de investigación en la Universidad de San Martín y París. Profesora del Master Interuniversitario en Diplomacia y Relaciones Internacionales. Subdirectora del Centro de Estudios de Iberoamérica de la URJC y Directora del Master Universitario en Relaciones Internacionales Iberoamericanas de la URJC. Miembro del Consejo Asesor de la Revista Inteligencia y Seguridad: Revista de análisis y prospectivas, de los Consejos de Redacción de la Revista Electrónica de Iberoamérica y de los Cuadernos Iberoamericanos, y miembro de Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Entre sus publicaciones recientes destacan «La cooperación al desarrollo de la Unión Europea», coautor Carlos. R. Fernández Liesa, IUSTEL, 2010, «La Unión de Naciones Suramericanas: un ambicioso e innovador proceso de construcción de integración regional», REIB, vol. 4, n.º 1, 2010; «Los órganos de representación de la ciudadanía española en el exterior: el Consejo General de la Ciudadanía Española en el Exterior y los Consejos de Residentes Españoles», en El Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, Comentario a la Ley n.º 40/2006, de 14 de diciembre de 2006, del Estatuto de la Ciudadanía Española en el Exterior, Dir. V. Sempere Navarro, Ed. Aranzadi/Thomson Reuters, 2010, pp. 227-256; «La protección del patrimonio cultural iberoamericano», en Cultura y Desarrollo en el espacio Iberoamericano, Dir. C.M. Díaz Barrado, P. Trinidad, Cuadernos Escuela Diplomática n.º 40, pp. 59-78, 2010; «SPG, SPG +, Desarrollo Social», Glosario de términos útiles para el análisis y estudio del Espacio Iberoamericano de Cooperación e Integración: Comercio, Cultura y Desarrollo, Directores C.M. Díaz Barrado y A. Manero Salvador, Marcial Pons, 2010; «El desarrollo, vector de los derechos humanos. Principales obstáculos» en Los derechos humanos en la sociedad internacional del siglo XXI. Colección Escuela Diplomática, n.º 15, vol. 1, pp. 95-108, 2009, Dir. C. Escobar Hernández; «La Unión de Naciones Sudamericanas», coautor con Díaz Barrado, Colección Cuadernos Iberoamericanos, Plaza y Janes, 2009.

Mario Castillo Freyre

Catedrático de Derecho Civil de la Pontificia Universidad Católica del Perú, la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y la Universidad de Lima. Abogado titulado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magíster y Doctor en Derecho por la misma universidad.

Especializado en Derecho Civil, Derecho Arbitral y Derecho de Seguros. Se desempeñó como Abogado en ejercicio independiente de la profesión desde 1993 hasta el 2000. En julio del año 2000 fundó el Estudio que lleva su nombre, en donde actualmente ejerce la profesión. Asimismo, oficia de árbitro en los principales Centros de Arbitraje del Perú y también desempeña función arbitral en arbitrajes *ad-hoc*.

Asimismo, es Director de la *Biblioteca de Arbitraje y de la Biblioteca de Derecho de su Estudio*, Miembro de la Academia Peruana de Derecho y habitual conferenciante en universidades españolas.

José María Chillón Medina

Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona (España). Doctor en Derecho Administrativo Universidad de París, Sorbona 1. Abogado I.C. Madrid, desde 1967). Letrado de Telefónica de España por oposición (1976). Profesor jubilado Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Profesor visitante en varias Universidades latinoamericanas. Conferencista sobre temas de sus especialidades, Derecho de las Telecomunicaciones y TICS y Derecho Arbitral. Director de Investigación en Arbitraje, Universidad de Panamá. Profesor de Derecho Arbitral y de Derecho de las Telecomunicaciones y TICS en Universidades y Cámaras de Comercio, Colegios de Abogados y otros Centros e Instituciones. Consultor para la UIT, el Banco Mundial, diversos Gobiernos e Instituciones tanto públicas como privadas, y como tal, ha intervenido en numerosos proyectos y elaboración de leyes, reglamentos y resoluciones en materia de Telecomunicaciones y Arbitraje en diversos países de América, Asia y África. Abogado, consultor y experto en los temas

de su especialidad; árbitro internacional, ante el CIADI y otras instituciones arbitrales, tanto españolas como extranjeras. Ha sido Presidente de la Comisión Jurídica de la Asociación Hispanoamericana de Empresas de Telecomunicación (AHCIET). Pertenece a diversas organizaciones y asociaciones, tanto de Derecho de las Telecomunicaciones como de Arbitraje. Es autor de numerosos artículos, monografías, lecciones, conferencias, cursos, seminarios, sobre los temas señalados y otros de Derecho Público, Constitucional, Administrativo e Internacional. Es autor de varios libros, entre otros, *Tratado de Arbitraje Interno e Internacional*, (tres ediciones); *La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones*; *Derecho de las Telecomunicaciones y de las Tecnologías de la Información*. Actualmente es profesor de Derecho de las Telecomunicaciones en la Universidad Carlos III de Madrid, en el Master sobre Derecho de Telecomunicaciones y TICS y en Prodetel (República Dominicana). Profesor de Derecho Arbitral Internacional en Universidad de Panamá. *Id.* en Cámara de Comercio de Bogotá. *Id.* en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y en ICA Madrid, entre otras Universidades, Centros y Corporaciones.

Riccardo Ciullo

Abogado del Departamento IP de Baker & McKenzie (Barcelona), se ocupa de la tramitación y protección de marcas nacionales, comunitarias e internacionales; nombres de dominios, diseños industriales. Coordina procedimientos de infracción al extranjero/aduanas. Asesora sobre Propiedad Industrial e Intelectual, Patentes, Nuevas variedades vegetales a clientes españoles y extranjeros. Presta apoyo en litigios de PI. Prepara en español o inglés de escritos de oposición, nulidad, recursos ante la OEPM y la OAMI, y ante el Tribunal General de Luxemburgo en asuntos de marcas. Cuenta con una amplia experiencia en la protección de marcas comunitarias.

Su experiencia profesional ha sido en Lovells Llp (Alicante, España), en la Misión Permanente de Italia a las Naciones Unidas y Organización del Comercio Internacional (Ginebra, Suiza), Departamento de Co-

mercio Internacional y Propiedad Intelectual; en Settembrini (Nápoles, Italia), y en Investigative Consultants International (Nueva York, Estados Unidos de América).

Licenciado en Derecho por la Università degli studi di Napoli FEDERICO II/Universidad Miguel Hernández de Elche (Erasmus), UPOV-WIPO ACADEMY- Master sobre el sistema internacional de protección de las nuevas variedades vegetales (UPOV - WIPO Academy, Ginebra, Switzerland); «Magister Lvcentinvs» Universidad de Alicante, (España) - Master Universitario en Propiedad Industrial, Intelectual y Derecho de la Sociedad de la Información + EIPIN Symposium 2006/07- disertación sobre la protección de patentes informáticas; Curso de Arbitraje Internacional del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (ICAB). Habla italiano, español, inglés.

Miriam Clapés Oleart

Licenciada en Derecho en el año 1992 por la Universitat Autònoma de Barcelona. Abogada asociada del despacho Amat & Vidal-Quadras Advocats y miembro del área civil y procesal-contenciosa. Es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Cuenta con cursos de postgrado en Derecho Fiscal (Universidad Abad Oliba), en Derecho Comunitario e Internacional de los Negocios y dos cursos de empresariales en la UOC. Área de especialización: Derecho Civil y Mercantil, Contractual, Derecho Administrativo y Derecho Procesal.

Pedro Claros Alegría

Socio del Grupo de Arbitraje Internacional de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Licenciado en Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE, Madrid). Master en Derecho Internacional y Comparado por la Universidad de Georgetown (Washington, D.C.), especializándose en Arbitraje Internacional y graduándose con distinción. Becario Fulbright.

Desarrolla su práctica profesional como abogado en el ámbito del Arbitraje Comercial Internacional y de Inversiones. Es árbitro ante la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y la Corte de Arbitraje de Madrid (Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid). Ha sido miembro de la Ponencia redactora de las Recomendaciones relativas a la Independencia e Imparcialidad de los Árbitros del Club Español del Arbitraje.

Es profesor de Práctica Jurídica en la Facultad de Derecho de ICADE, Madrid. Ha participado en la publicación de obras colectivas y artículos de prensa. Es coautor de «*Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje*» (Grupo Difusión, 2004, 2.ª Ed. en imprenta) y es autor del capítulo *«El Sistema Arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones»* en la obra colectiva *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (Lima, 2007).

Jorge Luis Collantes González

Ejerce en el área de Derecho Internacional Privado. Estudió la carrera de Derecho entre las Universidades Carlos III de Madrid y de Zaragoza y obtuvo el título de Licenciado por la Universidad Internacional de Cataluña (2002), ampliando su formación en *The Institute of Public International Law and International Relations* (Grecia, 2000) y el *Amsterdam Center for the International Law* (2002). Durante ese tiempo obtuvo premios por sus aportaciones inéditas en congresos de Derecho Penal celebrados en la U. de Zaragoza y la U. de Barcelona. Continuó un Postgrado en Inversiones Extranjeras y Doble Imposición en la Universidad de Barcelona (2003), cuenta con un Diploma en Arbitraje Internacional del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (2010) y también realizó un Master en Jurisdicción Penal Internacional en la Universidad Internacional de Andalucía superando los módulos con la máxima calificación: sobresaliente (2002-04).

Cofundador de la Comisión de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (2010) y pertenece a distintas organizaciones profesio-

nales como *The Swiss Arbitration Association* (Ginebra), el Club Español del Arbitraje (Madrid) y *The Young Austrian Arbitration Practitioners* (Viena) y, asimismo, ha servido como miembro de tribunal en la fase española de *The Philip C. Jessup International Law Moot Court Competition* (2011).

En el ámbito de las iniciativas científicas, es Director de distintas obras colectivas como *El arbitraje comercial internacional en Latinoamérica* (2010), *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales* (2009), *El arbitraje en las distintas áreas del Derecho* (2007). Fundador del *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio y Arbitraje,* autor de diversas publicaciones sobre asuntos internacionales y Codirector del Proyecto *El arbitraje internacional en Europa* (en marcha, obra colectiva).

Juan Pablo Correa Delcasso

Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona desde el año 1993 y Abogado en ejercicio desde el año 1997. Es autor de numerosos artículos doctrinales y monografías de Derecho Procesal, muy particularmente en materia de legislación procesal comunitaria, arbitraje, ejecución de sentencias y proceso monitorio, cuyo informe sobre este último procedimiento, remitido en el año 1993 al Ministerio de Justicia español, ha tenido una influencia decisiva en la regulación de esta institución en la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil española. Es, asimismo, en la actualidad, Profesor de la Facultad de Derecho de ESADE (Universitat Ramón Llull), Presidente Fundador de la Comisión de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona y Director de numerosos cursos y Diplomas de Arbitraje impartidos en este último, como el de Arbitraje Internacional de esta misma Institución.

Luis Costa Pan

Doctor en Derecho *cum laude* por la Universidad de Barcelona y Abogado en ejercicio desde 1977 en ICAB. Pertenece al Instituto Español de

Analistas Financieros. Ingeniero y Catedrático de Economía y Derecho Agrario de la Escuela Superior de Agricultura de Barcelona (UPC). Autor de varios libros, entre ellos: «Futuros y Opciones Agrarias». Madrid: Ed. La Caixa; «Nuevos Instrumentos financieros en la estrategia empresarial». Madrid: Ed. ESIC; «Divisas y riesgos de cambio» en ICEX; «Las divisas en la estrategia internacional de la empresa» en ICEX. Asesor institucional en contratación financiera. Consultor y conferenciante internacional. Coautor del Proyecto de Mercado de Futuros del Aceite de Oliva (Junta de Andalucía) y del Proyecto Técnico del Mercado de Futuros del cerdo en canal.

Anne-Carole Cremades

Pertenece al Grupo de Arbitraje Internacional en la oficina de Ginebra del despacho suizo *Schellenberg Wittmer*.

Hispano-francesa de nacimiento, ella se especializó en asuntos contenciosos y arbitraje comercial internacional. Ha actuado como abogado ante tribunales arbitrales internacionales ICC o *ad-hoc* en una amplia gama de controversias relativas a acuerdos de compraventa de acciones, contratos de petróleo y gas, acuerdos de *joint-venture*, contratos de distribución, contratos internacionales de construcción y en diferencias relativas a inversiones entre Estados e inversores extranjeros. Además, ha actuado como árbitro y secretaria de varios tribunales arbitrales ICC o *ad-hoc*.

Después de graduarse (*summa cum laude*) en la Universidad de París (2000), Anne-Carole Cremades obtuvo un título de postgrado en Derecho Privado (*summa cum laude*) en 2001 en París; y un *Master of Laws* (LL.M.) en Derecho Comercial Internacional (con honores) del *King's College* de Londres en 2002.

Entre 2002 y 2004, trabajó como profesora asistente en Derecho Civil (Derecho de Contratos) en la Universidad de París y como pasante en un bufete de abogados de Madrid, antes de ser admitida en el Colegio

de Abogados de París (2005). Antes de su actual ocupación en Ginebra, trabajó como asociada en el bufete de abogados francés *Bredin Prat* en París, donde practicó arbitraje comercial internacional y arbitraje de inversión.

Es miembro de varias asociaciones profesionales, incluyendo el Club Español de Arbitraje, la *Swiss Arbitration Association* (SAA) y el *International Centre for Dispute Resolution (ICDR) Young & International*. Es miembro fundador y secretaria del Capítulo suizo del Club Español de Arbitraje.

Es autora de publicaciones y ponente en conferencias en materia de arbitraje internacional. En la actualidad es también Codirectora del Proyecto *El arbitraje comercial internacional en Europa* (en marcha, obra colectiva).

Bárbara de la Vega Justribó

Licenciada en Derecho con la especialidad en Derecho Comunitario por la Universidad San Pablo-CEU de Madrid, donde obtiene la máxima calificación por el Doctorado Europeo (2004) con su tesis doctoral sobre la limitación de la responsabilidad del naviero. Asimismo, es Master en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Carlos III de Madrid, *Master in International Business Law* por *The Fletcher School of Law and Diplomacy* (EE.UU.) y el Instituto de Empresa de Madrid y obtiene el Diploma del Centro de Estudios e Investigación de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

Ha realizado investigaciones en varias Universidades e Instituciones españolas y extranjeras como la Universidad Carlos III de Madrid o la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Asimismo, ha desempeñado diversas actividades en el ámbito de Derecho como el ejercicio de la abogacía, la administración de justicia y la docencia compaginadas con la coordinación y gestión académica y el asesoramiento, entre otros, al Ministerio de Justicia de España.

Como docente inició su andadura en la Universidad San Pablo-CEU. Entre su producción bibliográfica destacan las obras *La jurisprudencia española en materia de seguro marítimo (1879-1998)* (2000), *La limitación de la responsabilidad del naviero. Convenio de limitación de responsabilidad derivada de reclamaciones de Derecho Marítimo* (2004) y *La limitación de responsabilidad por créditos marítimos*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid (2007), y es autora de varios artículos y capítulos de libro en revistas y editoriales de prestigio. Asimismo, ha coordinado obras colectivas, y forma parte del grupo investigador de varios Proyectos de Investigación concedidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología.

En la actualidad, Bárbara de la Vega es Profesora Ayudante Doctor de Derecho Mercantil de la Universidad Carlos III de Madrid donde ha ejercido como árbitro y entrenadora en el *Moot* Madrid, competición internacional sobre arbitraje y derecho uniforme. Recientemente, ha obtenido el primer Premio al mejor ensayo jurídico del XV Congreso Marítimo Internacional sobre «Calidad Total Normativa en la Regulación del Negocio Marítimo Internacional», organizado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Marítimo, en Panamá del 8 al 11 de febrero de 2011.

Elisabeth de Nadal

Dirige el grupo de arbitraje de la oficina de Barcelona de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Cuenta con una consolidada experiencia en arbitrajes nacionales e internacionales institucionales y *ad-hoc.* Está especializada en litigios en el ámbito de sociedades mercantiles, disputas derivadas de operaciones adquisición (M&A), litigios en materia de Derecho de la Competencia, contratos de distribución comercial, y ocio y deporte. Su práctica previa en el Área de Derecho Comunitario y de la Competencia y en el Área Mercantil de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira le proporciona una sólida experiencia en su actual práctica contenciosa.

Ha formado parte de equipos de abogados multijurisdiccionales en disputas internacionales y domina el español, el inglés y el francés como lenguas habituales en su práctica diaria. Entre otras publicaciones, es autora y coautora de *International Civil Procedure* (Kluwer Law, 2003), *The Spanish Arbitration Act 2003* (Mealey's, 2004); *ICLG to International Arbitration* (ediciones de 2005 y 2006) y *Dispute Resolution Handbook* (*Global Counsel*, ediciones de 2005, 2006 y 2007).

Fernando de Trazegnies Granda

Catedrático de Derecho Civil. Obtuvo el título de Abogado en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, donde años después fue Decano. También ha realizado estudios de Doctorado en la Universidad de París. Ha sido Ministro de Relaciones Exteriores de Perú y Embajador de la Soberana Orden de Malta en Lima. Es autor de numerosos artículos y capítulos de libros sobre arbitraje y es Miembro de la Academia Peruana de Derecho, de la Academia Peruana de la Lengua, de la Academia Nacional de Historia y del Consejo Consultivo del *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio y Arbitraje*. En el año 2008 se publicó el Libro Homenaje a Fernando de Trazegnies, en reconocimiento a su trayectoria jurídica.

Castor Miguel Díaz Barrado

Catedrático de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales. Director del Centro de Estudios de Iberoamérica de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Ha impartido su labor docente e investigadora en las Universidades de Córdoba, Zaragoza, Carlos III de Madrid, Extremadura y Rey Juan Carlos y, en otros países, en las Universidades de Oxford, París X-Nanterre y Beira Interior (Portugal). Sus líneas de investigación preferentes han sido el mantenimiento de la paz y seguridad internacional, la protección internacional de los derechos humanos y la integración en el espacio iberoamericano. Entre sus obras destacan: reservas a la Convención de Estados entre Estados (Madrid, 1991); la protección de las minorías por el Consejo de Europa

(Madrid, 1999); Perfiles de la Comunidad Iberoamericana de Naciones (1993) así como sus trabajos sobre los derechos del niño. Asimismo, ha abordado cuestiones relativas a la protección diplomática. Participó en el Comité de elaboración del nuevo Estatuto de la Comunidad Autónoma de Extremadura 2008-2009 y fue miembro del primer Comité de expertos encargado de elaborar la Carta Cultura iberoamericana. Es miembro de honor de la Sociedad Cubana de Derecho Internacional y Codirector del Laboratorio iberoamericano sobre comercio, cultura y desarrollo con sede en La Habana y Madrid.

Beatriz Díaz Madrera

Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad de Oviedo. Directora del Área de Derecho Administrativo de Junceda Abogados, S.L. Autora de libros y artículos de temática jurídico-administrativa, por los que ha recibido menciones en el prestigioso premio «Estudios Financieros». Ha impartido cursos en materia jurídica. Abogada en ejercicio.

Ernesto Díaz-Bastien

Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid donde ejerce la abogacía desde hace más de 30 años. Es socio fundador del despacho de abogados Díaz-Bastien y Truan Abogados. En 2008 fue nombrado Profesor Honorario de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid. Es socio fundador del Club Español del Arbitraje. Fue árbitro del sistema Euro-Árabe de Arbitraje con sede en París. Director de contenidos del Curso de Capacitación en Arbitraje Comercial Internacional organizado por la Cámara de Comercio de Bogotá (2010). Coautor y coordinador del libro *Comentarios Breves a la Ley de Arbitraje* de la Editorial Reus, Madrid (2007). Tiene amplia experiencia, como árbitro y como letrado de parte, en arbitrajes nacionales e internacionales ante diferentes Cortes Arbitrales.

Gloria Esteban de la Rosa

Es Profesora Titular de Universidad de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Jaén. Licenciada en Derecho por la Universidad de Granada y Doctora en Derecho por la Universidad de Jaén, su labor docente la desempeña en el campo del Derecho Internacional Privado, así como en el Derecho del Comercio Internacional. Cuenta con una pluralidad de publicaciones relacionadas con estos dos campos y, en particular, cabe destacar la monografía *El comercio internacional compensado: reglas y estrategias empresariales*, Atelier, Barcelona, 2005; así como los artículos sobre «La adaptación de los contratos en el comercio internacional», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, 2007; «La buena fe en la negociación de los contratos internacionales», *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, n.º 1, 2004; «Los contratos coligados en el Derecho del Comercio Internacional», *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio*, n.os 2/3, 2005-2006, entre otras. Asimismo, es autora del capítulo *«La buena fe en la contratación internacional»* en la obra colectiva *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales* (2009).

Katia Fach Gómez

La autora es Profesora Titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Zaragoza y miembro de los Proyectos de Investigación DER 2009-11702 (subprograma JURI) y e-PROCIFIS (Ref. S 14/3). Tras licenciarse con una media académica de 3.28/4, realizar el doctorado europeo en idioma alemán y recibir el Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad de Zaragoza y el Premio de Tesis Doctorales del Ministerio de Interior español, ha completado su formación académica siendo *Visiting Scholar* de *Columbia University* durante dos semestres y realizando exitosamente un *LL.M.* especializado en *International Business Transactions*. Fruto de diversas estancias de investigación financiadas por becas europeas y canadienses son sus abundantes publicaciones, dedicadas a muy variados temas internacionales (medio ambiente, responsabilidad extracontractual, contratos de agencia, multipropiedad, litigación, arbitraje, desarrollo sostenible, Latinoamérica,

familia, extranjería, etc.). Asimismo, la autora ha llevado a cabo diversas asesorías para despachos norteamericanos y europeos, respecto de conflictos internacionales de gran repercusión jurídica.

Enrique Fernández Masiá

El doctor Fernández Masiá es Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Derecho de Albacete de la Universidad de Castilla-La Mancha. Es autor de varios libros, manuales, compendios de legislación y artículos sobre Derecho del Comercio Internacional, Derecho Procesal Internacional y de Derecho Civil Internacional. En el tema del arbitraje ha publicado, entre otros trabajos, las monografías «*Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*» (Valencia: Tirant lo Blanch, 2004), «*Tribunales nacionales, arbitraje internacional y protección de inversiones extranjeras*» (Madrid: Marcial Pons, 2008), y «*Una relación compleja: competencia de los tribunales arbitrales y los Tratados de Protección y Promoción de Inversiones*» (San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2005). Premio de la II edición para el fomento del arbitraje concedido por la Corte Vasca de Arbitraje.

Enrique Ferrando Gamarra

Socio del Estudio Osterling (Lima). Está especializado en el asesoramiento a clientes corporativos en conflictos societarios, contratos, negociaciones, estrategias y cuenta con reconocida experiencia en arbitraje institucional y *ad-hoc.* Ha actuado como árbitro y como abogado en importantes arbitrajes administrados por la Cámara de Comercio Lima (CCL) y la *American Chamber of Commerce* (AMCHAM). Ha representado a clientes nacionales e internacionales en un gran número de negociaciones, arbitrajes y formas alternativas de resolución de conflictos en Perú, Europa continental y el Reino Unido.

Participa regularmente en conferencias y seminarios relacionados con el sector asegurador y arbitrajes y es habitualmente nombrado árbitro. Ha sido reconocido por la publicación británica *Chambers Latin America*

de *Chambers & Partners Legal Publishers* por su labor como árbitro y como pionero del Derecho Medioambiental en Perú.

Ha sido consultor del Banco Mundial para la creación del Fondo para las Áreas Naturales Protegidas del Perú y del Banco Interamericano de Desarrollo (BID), para elaboración de legislación ambiental. Asimismo, ha asesorado al Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA) para temas relacionados a responsabilidad civil ambiental. Fue consultor externo de la Agencia Canadiense de Desarrollo Internacional para temas forestales, así como de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza para Áreas Naturales Protegidas. Fundó y es actualmente Vicepresidente de la Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

Trabajó como Director del Programa Regional de Legislación Ambiental para Latinoamérica y el Caribe - ONERN, 1987 y ha sido consultor de la Asamblea Legislativa de la República de Panamá para la elaboración del anteproyecto de la Ley General del Ambiente.

Jaime Gallego

Jaime Gallego es abogado del despacho LALIVE en la oficina de Ginebra. Forma parte del grupo especializado en la resolución de controversias internacionales e interviene tanto en arbitrajes internacionales comerciales como de inversión. Ha participado en más de una docena de arbitrajes complejos, incluyendo controversias relativas a la compraventa de acciones, contratos de agencia, proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, de construcción y de inversión en los sectores de energía, telecomunicaciones y la industria armamentística. Estos arbitrajes se regían o se rigen bajo los reglamentos de la LCIA, la CCI, el CIADI, la Fundación Surafricana de Arbitraje y las reglas de la CNUDMI. En la mayor parte de estos procedimientos arbitrales fue parte un Estado o una empresa estatal y contaban frecuentemente con un fuerte componente de Derecho Penal. Ha sido, principalmente, abogado de parte, pero también ha actuado como secretario de tribunales arbitrales.

Jaime Gallego es *Solicitor* en Inglaterra y Gales y también se formó como abogado en España. Ha asesorado en materia de contratos internacionales, así como en materias mercantiles tanto en Derecho inglés como español. Es miembro de Club Español de Arbitraje y del *Swiss Arbitration Association*.

Antes de incorporarse a LALIVE, trabajó en París para Dechert LLP en el grupo de arbitraje internacional (2004-2009), y anteriormente (2000-2003) en Londres para SJ Berwin LLP.

Es titular de un LL.M. en Resolución de Controversias Internacionales, *University College London* (Reino Unido) (2003-2004) y de una Licenciatura en Derecho y Master en Derecho Fiscal, ESADE (España) (1994-1999).

Manuel Garayo Orbe

Abogado. Abogado del Estado. Profesor del ISDE de la asignatura «Estrategia Procesal Internacional y Arbitraje Internacional». Fundador y socio director del Despacho de Abogados «Velázquez 4, Abogados y Asesores de Empresa». Abogado especializado en Derecho Mercantil, Administrativo, de los Negocios, Procesal y Arbitral. Autor de diferentes libros y publicaciones: «La Nueva Ley General Tributaria de 2003»; «La Enciclopedia de Auditoría y Contabilidad» de la Editorial CISS, etc. Redactor, desde el año 1993, de la Revista de la Corte Española de Arbitraje, donde dirige la sección relativa a jurisprudencia española en materia de arbitraje. Secretario General del Comité de Dirección del Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE). Master honoris causa en Derecho Mercantil por el Instituto Superior de Derecho y Economía. Director de la Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA). Autor de numerosas conferencias sobre arbitraje en España y fuera de España. Gran experiencia en arbitrajes internos e internacionales.

Georgina Garriga Suau

Profesora Lectora de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Barcelona. Es Licenciada en Derecho por la Universidad de Barcelona donde se doctoró en Derecho (2005) con la mención de Doctor Europeo. Autora de diversos artículos en diferentes ámbitos (comercio internacional, cooperación judicial civil, arbitraje de inversiones y Derecho Internacional Privado Comunitario). Ha impartido asignaturas de Derecho Internacional Privado y Derecho de los Negocios Internacionales en diversas titulaciones y centros de enseñanza. Estancias de investigación en diversos centros: la *Stanford Law School*, el *Institut Suisse de Droit Comparé*, la *Faculty of Law*, la *Facoltà di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Torino*, el *Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht* y la *Peace Palace Library*.

Arancha González Laya

Licenciada en Derecho por la Universidad de Navarra y Master en Derecho de la Unión Europea de la Universidad Carlos III de Madrid.

Tiene una amplia experiencia en Derecho Comercial Internacional en la Comisión Europea (Bruselas). Ha sido negociadora europea para acuerdos comerciales entre la Unión Europea y Argelia, el Consejo de Cooperación del Golfo, Irán o MERCOSUR. Es profesora de comercio y desarrollo en el Colegio de Europa (Brujas) y en el Instituto de Comercio Exterior de Shanghai (SFIT).

Desde septiembre del 2005 es Jefe de Gabinete de Pascal Lamy, el Director-General de la Organización Mundial de Comercio y su representante personal en el G-20.

Sergio González Malabia

Desarrolla su actividad profesional en el Departamento de Derecho Procesal de la oficina de Valencia del despacho colectivo J&A Garrigues

SLP. Licenciado en Derecho en la Universidad de Valencia con premio extraordinario de licenciatura, desempeña en la actualidad su actividad docente como profesor asociado del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia. Es Doctor en Derecho Procesal por la Universidad de Valencia y *Dottore in Diritto Processuale Civile por la Università Degli Studi di Bologna*, este último como colegial del Real Colegio de España en Bolonia. Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

Álvaro González Marín

Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo. Master en Urbanismo y Ordenación del Territorio por la Universidad de Oviedo. Abogado en ejercicio.

Marta Gonzalo Quiroga

Profesora Titular en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ejerce la docencia en Derecho Internacional Privado (Licenciatura, Grados, Master y Doctorado). Licenciada en Derecho por la Universidad de Salamanca, cursó el cuarto año de su carrera en la Universidad de Siena (Italia) y se doctoró en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid con la calificación máxima de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

Abogada, colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM). Especialista en contratación internacional, MASC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos), Derecho del Comercio Internacional y Arbitraje Comercial Internacional. Ha venido impartiendo distintas asignaturas en varias titulaciones Universitarias, como «Derecho e Instituciones del Comercio Internacional», «Nacionalidad Extranjería y Ciudadanía Europea», «Derecho Internacional Privado», «Derecho de los negocios internacionales», «Derecho del Comercio Internacional», «Practicum de Derecho Internacional Privado», «Métodos alternativos de solución de conflictos», «Cláusulas y procedimientos ar-

bitrales» y, entre otros, los Cursos de Doctorado de «Derecho Privado Europeo» y «Nuevos retos del comercio internacional». Asimismo, es docente en diversos Masters y en diferentes Cursos organizados por el ICAM y por diversas Instituciones de prestigio, tanto nacionales, como europeas e internacionales. En la actualidad, es la codirectora del II Curso de Formación de árbitros del ICAM (de febrero a abril del 2011).

Ha sido también nombrada árbitro internacional (2006) y ha realizado diversas estancias de investigación en centros extranjeros, entre los que destacan, el *Institut of Advanced Legal Studies* —IALS— en Londres, la Cámara de Comercio Internacional —CCI— y la OCDE en París, el *Asser Institut* de La Haya y la Universidad de Leiden en los Países Bajos, las Universidades italianas de Bolonia, Siena y el Instituto Europeo de Florencia y *The University College Cork* –UCC— en Irlanda, la Universidad de Harvard y Reno, en los Estados Unidos de América y las Universidades de Westminster y de Cambridge, en el Reino Unido.

Javier Guillén Carames

Profesor Titular de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales. Ejerce la docencia en Derecho Administrativo (Licenciatura y Doctorado). Obtuvo la Licenciatura en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (1993) y el grado de Doctor en Derecho por la misma universidad con la Tesis Doctoral: *El estatuto jurídico del consumidor,* dirigida por el Prof. Dr. D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer.

Es Titular de la Cátedra Jurídica PWC-IE Sector Público. Desde el 14 de junio de 2005 y ha sido *Visiting Professor* en la *William and Mary Law School*, Virginia, USA.

Asimismo, es Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (1993 hasta la actualidad), ha sido Asesor Jurídico adscrito a grupo parlamentario en las Cortes Generales (desde septiembre de 1999 hasta

febrero de 2002) y es Consultor jurídico externo de la Comisión Nacional de la Energía (2007-actualidad).

Entre sus libros destacan «*El régimen jurídico de la inspección en el Derecho de la Competencia*» (2010), «*Libre Competencia y Estado Autonómico*» (2005), «*El Estatuto Jurídico del Consumidor (Política comunitaria, bases constitucionales y actividad de la Administración),* (2002) y «*La regeneración de la Administración Pública en Gran Bretaña* (1996) en coautoría con Jesús Ángel Fuentetaja Pastor.

Elena Gutiérrez García de Cortázar

Elena Gutiérrez García de Cortázar es Licenciada en Derecho y Ciencias Empresariales.

Antes de su incorporación en el año 2008 a la Corte de Arbitraje de Madrid como Letrada, Elena trabajó como *Foreign Associate* en la firma Wachtell, Lipton, Rosen & Katz, en Nueva York y durante nueve años en el Departamento de Público, Procesal y Arbitraje del despacho Uría Menéndez, donde se especializó en el asesoramiento a empresas en situaciones litigiosas, interviniendo como *counsel* en numerosas ocasiones ante tribunales arbitrales nacionales e internacionales ante las principales instituciones arbitrales.

Elena es también la editora de la sección 40 de la revista *Spain Arbitration Review* (WoltersKluwer) y colabora activamente con el Club Español del Arbitraje (siendo cofundadora del CEA-40). Además, es autora de numerosos artículos doctrinales sobre arbitraje y habitualmente interviene como ponente en diferentes foros especializados en materia de arbitraje internacional y resolución de disputas. Elena imparte clases de arbitraje y resolución alternativa de conflictos en varios programas de grado y postgrado y anualmente ejerce como árbitro en las competiciones internacionales *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot* y *Moot Madrid.*

Calvin A. Hamilton

Calvin A. Hamilton es socio fundador y director de Hamilton Abogados. El bufete español con sede en Madrid presta servicios centrados en arbitrajes nacionales e internacionales y litigios. Calvin Hamilton tiene una experiencia de más de 25 años y es uno de los árbitros más destacados de España.

Calvin Hamilton ha actuado como abogado de parte o como árbitro en varios arbitrajes en Europa, Latinoamérica, Estados Unidos de América, África y el Caribe bajo el Reglamento de la Corte de Arbitraje de Madrid, la Cámara de Comercio de Zurich, la Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce, ICC), la Asociación Americana de Arbitraje (American Arbitration Association, AAA), la Corte de Arbitraje Internacional de Londres (London Court of Arbitration, LCIA), el Consulado de Mar de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona, la Hungarian Chamber of Commerce y el UNCITRAL. Es panelista del ICCAN en disputas de nombres de dominio ante el National Arbitration Forum y ha actuado como secretario en diversos paneles de arbitraje del ICC. Se halla incluido en la lista de árbitros del LCIA, la Corte de Arbitraje de Madrid, el Centro Internacional de Resolución de Disputas (International Centre for Dispute Resolution, ICDR), la Asociación de Arbitraje Suizo (*Swiss Arbitration Association*, ASA), la Asociación de Arbitraje Internacional (Association for International Arbitration, AIA) y la base de datos de la Cámara de Comercio Internacional (International Chamber of Commerce, ICC).

Su experiencia en transacciones transfronterizas abarca fusiones y adquisiciones, redacción y/o formalización de contratos de distribución, agencia, franquicia y transferencia de tecnología, negociaciones contractuales y otros asuntos empresariales.

Calvin Hamilton ostenta la autoría con cierta regularidad de varios artículos en publicaciones como *Mealey's International Arbitration Report*

y *Spain Arbitration Review,* y es un activo ponente en conferencias cuya temática versa acerca del arbitraje y los asuntos transfronterizos.

Calvin Hamilton es profesor asociado de Derecho en la Facultad de Derecho del Instituto de Empresa en Madrid.

Ha obtenido su licenciatura en Derecho en Brooklyn Law School y después completó un Master en el Fletcher School of Law and Diplomacy.

Es miembro de las siguientes instituciones: International Bar Association (IBA), American Bar Association (ABA), New York State Bar Association (NYSBA), Chartered Institute of Arbitrators (CIArb), LCIA, ASA, AIA y pertenece al Comité Directivo del Club Español de Arbitraje (CEA). El señor Hamilton está colegiado en Madrid y en Nueva York. Trabaja y se desenvuelve perfectamente tanto en inglés como en español, además tiene nociones de francés y portugués.

Distinciones: Miembro de la Junta Directiva del Club Español de Arbitraje, Profesor de Derecho, Instituto de Empresa, Madrid, Vicepresidente del Comité Ejecutivo de la Sección de Derecho Internacional de la NYSBA, Vicepresidente de la Sección de Derecho Internacional, Transacciones, Comerciales Internacionales, Comité de Franquicias y Distribución de la ABA, Miembro del Instituto Colegiado de Árbitros (Chartered Institute of Arbitrators), Miembro del panel de árbitros de la ICANN, National Arbitration Forum, Miembro del Comité Asesor Europeo de la Fletcher School, Tufts University.

María Cristina Hermida del Llano

La profesora Hermida es Doctora en Derecho (1996), título que alcanzó con la calificación de *cum laude* por unanimidad y con la tesis *«La Filosofía moral y la Filosofía jurídico-política de J.L.L. Aranguren»,* defendida en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, habiendo sido dirigida por el Prof. Dr. D. Elías Díaz García.

Obtuvo una beca postdoctoral Alexander von Humboldt (Alemania) y realizó una estancia investigadora realizada en la Facultad de Derecho de la Universidad Humboldt de Berlín, con el proyecto de investigación titulado «Análisis económico del concepto del poder», bajo la dirección del Prof. Dr. Hasso Hofmann (1998-2000).

La Doctora Hermida es Miembro de la Asociación Española de Hispanismo Filosófico desde 1995 y de la Asociación Española Alexander von Humboldt desde 2001, Académica correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y, en la actualidad, es Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.

Es autora de los libros: *José Luis López Aranguren (1909-1996); Aranguren. Estudio sobre su vida, obra y pensamiento; Filosofía del Derecho y del Estado. De Sócrates a Séneca*, coautora junto al Prof. Dr. Klaus Adomeit; *Los derechos fundamentales en la Unión Europea;* y asimismo, autora del capítulo *El Arbitraje y Derecho Comunitario Europeo* en la obra colectiva *«El arbitraje en las distintas áreas del Derecho»* (2007). Actualmente, elabora un nuevo libro, titulado *Lecciones de Filosofía del Derecho*. Asimismo, es autora de numerosos artículos sobre pensamiento español en el siglo XX, de filosofía jurídico-política y de Derecho de la Unión Europea. Actualmente, forma parte de diversos proyectos de investigación: «Derechos Humanos en la era de la interculturalidad» y «la libertad religiosa en España y en Derecho Comparado: su incidencia en la Comunidad de Madrid». Mantiene sus líneas de investigación colaborando activamente con diversas universidades extranjeras de Alemania, Austria, Polonia, Rumanía y México.

Rafael Hinojosa Segovia

Doctor en Derecho con Premio Extraordinario por la Universidad Complutense de Madrid con la Tesis «El recurso de anulación contra los laudos arbitrales. (Estudio juriprudencial)». Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid. Profesor de

Arbitraje Internacional en el IE Law School de Madrid. Abogado. Árbitro. Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Miembro Titular del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Miembro Titular de la *International Association of Procedural Law*. Asociado del Club Español del Arbitraje.

Ex Profesor Ordinario (Catedrático) de Derecho Procesal y ex Director del Departamento de Derecho Público de la Universidad Pontificia Comillas de Madrid.

Joan Hortalà Vallvé

Socio del bufete Cuatrecasas, Gonçalves, Pereira. Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales por la Universidad de Barcelona (1988) y Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (1999). Doctor en Ciencias Económicas por la Universidad de Barcelona (1995) con la calificación máxima de sobresaliente *cum laude* por unanimidad.

Ha desarrollado una actividad docente en la Universidad de Barcelona, en la Universidad Pompeu Fabra y en ESADE.

Es Abogado colegiado en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona. Ha sido Inspector de Finanzas del Estado, destinado en la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda desempeñando el puesto de Coordinador de Convenios de Doble Imposición en la Subdirección General de Relaciones Fiscales Internacionales y Tributación de No Residentes en Madrid (1994-1997). Fue Experto Nacional en la Dirección General de Fiscalidad y Unión Aduanera de la Comisión Europea en Bruselas (1997-2000). Ha sido vocal de la Sala del Impuesto sobre Sociedades del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Cataluña (2000-2001).

En el ámbito privado fue socio de *Landwell-PricewaterhouseCoopers* (2001-2007) desde donde dirigió el *Spanish Desk* de Nueva York (2004-2006).

Tiene publicados varios libros como coautor sobre fiscalidad internacional y publicó en 2006 los «Comentarios a la Red Española de Convenios de Doble Imposición». En Thomson-Aranzadi y, asimismo, es autor del capítulo *«El aspecto fiscal en las inversiones internacionales»* en la obra colectiva *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales* (Lima, 2009).

Javier Íscar de Hoyos

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, compaginó los dos últimos años de la carrera de Derecho con un MBA. del *Know-How Business College*, Master en Práctica Jurídica de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid, Master de Asesoría de Empresas de la Escuela de Práctica Jurídica de la Universidad Complutense de Madrid y Master en Prácticas Jurídicas y Procedimiento del Centro de Estudios Financieros.

Fundador y Secretario General de la Asociación Europea de Arbitraje, AEADE; Fundador y Secretario General de la Corte Hispano-Marroquí de Arbitraje, miembro de la Junta Directiva del Foro Hispano-Marroquí de Juristas, Secretario de la Cámara de Comercio Hispano-Iraquí. Es también organizador y co-coordinador del Curso *Online* Programa Superior en la Práctica del Arbitraje y la Mediación Comercial Nacional e Internacional organizado por el Centro de Estudios Económicos y Comerciales, CECO y la Asociación Europea de Arbitraje, AEADE, profesor del Curso de Capacitación en Arbitraje Internacional impartido en la Cámara de Comercio de Bogotá, profesor invitado en el Curso sobre Especialización del Arbitraje impartido por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, y ponente asiduo en seminarios nacionales e internacionales y en numerosos programas de postgrado. Autor de nu-

merosos artículos, publicaciones y partícipe en varias obras colectivas de arbitraje.

Fernando Jaureguizar Ducable

Licenciado en Derecho por la Universidad de Navarra. Miembro de la Alumni Navarrenses. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED). Miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

Ejerce la profesión de abogado en el despacho Amat i Vidal-Quadras Advocats. Formación en cursos de postgrado en Derecho Procesal, Inmobiliario, Derecho de Transportes, Marcas y Patentes. Área de especialización: Derecho Civil y Mercantil, Concursal, Seguros, Transporte, Contratos de Agencia y Distribución, Sucesiones, Hipotecario, Penal Económico. En relación con todas estas materias, representa habitualmente a empresas nacionales y extranjeras ante los tribunales españoles.

Javier Junceda Moreno

Licenciado en Derecho por la Universidad de Oviedo y Doctor en Derecho por la Universidad de Valladolid. Director del Departamento de Derecho Administrativo de la Universidad Internacional de Cataluña (Barcelona). Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación y de la Academia Asturiana de Jurisprudencia. Profesor honorario de las Universidades Nacional de Trujillo, Antenor Orrego e Inca Garcilaso de la Vega (Perú). Miembro de honor de los Colegios de Abogados de Lima y La Libertad (Perú). Afiliado de honor del Consorcio para el Estudio y la Difusión del Derecho en América Latina. Premio Sánchez Carrión del Colegio de Abogados de La Libertad (Perú). Miembro del Club Español del Arbitraje. Abogado. Socio fundador del Estudio Junceda Abogados, S.L. Autor o coautor de una veintena de libros y de medio centenar de artículos de temática jurídica, y miembro del Consejo de la Publicación del *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio y Arbitraje*.

Franz Kundmüller Caminiti

Peruano, abogado, consultor y catedrático universitario de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, la Universidad de Piura y la Escuela Superior de Administración de Negocios. Especialidad en negociación, conciliación, arbitraje y arbitraje en inversiones, con amplia experiencia en gestión pública y en el sector privado. Desempeño profesional en el ámbito del arbitraje y en Derecho Internacional Económico. Miembro de la Comisión Multisectorial Negociadora de los Tratados Bilaterales de Inversión del Estado Peruano y negociador por el Perú en el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos de América, en el Grupo de Inversiones. Miembro del Círculo Peruano de Arbitraje, del Comité Editorial de la Revista Lima Arbitration (www.limaarbitration.net) y de la Comisión Revisora de la Ley General de Arbitraje del Perú, nombrada por el Ministerio de Justicia. Miembro de la Comisión de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Lima. Consultor en temas de Derecho Internacional Económico, Arbitraje y Anti-Corrupción; autor de diversos artículos especializados en Arbitraje, conferencista en foros nacionales e internacionales y coautor del libro «Estrategias para la Agenda Económico-Social de la Comunidad Andina de Naciones». Ex Secretario General del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Ex Jefe de la Oficina de Conciliación y Arbitraje Administrativo del Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; CONSUCODE. Ex Secretario General del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado Peruano; OSCE.

Juan Carlos Landrove

Juan Carlos Landrove es socio fundador del Bufete LANDROVE en Ginebra, Suiza. Cuenta con diecisiete años de experiencia en la resolución de controversias, de los cuales ha dedicado doce años exclusivamente al arbitraje internacional. Se ha desempeñado como abogado de parte y árbitro en numerosos arbitrajes, tanto *ad-hoc* (CNUDMI) como

institucionales (CCI, LCIA, Reglas Suizas de Arbitraje Internacional, CIADI y AAA/ICDR).

Antes de fundar el Bufete LANDROVE, trabajó en Ginebra, Madrid y Zúrich para Froriep Renggli, en el grupo de arbitraje internacional (2000-2003), así como en Nueva York y Washington D.C. para White & Case LLP (1999-2000), también en el grupo de arbitraje internacional. Anteriormente, trabajó en Ginebra para el departamento de controversias internacionales de Merkt & Partners (1994-1998).

Se formó como abogado en Suiza y es también colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid (ICAM) y del *First Judicial Department* de Nueva York.

Juan Carlos Landrove es profesor (*chargé de cours*) de las universidades de Lausana y Ginebra, así como de la Academia Internacional de Ciencias y Tecnología del Deporte (AISTS) y del Instituto de Estudios Inmobiliarios (IEI). Imparte clases de arbitraje internacional (comercial, construcción, inversiones extranjeras y deporte) y de prevención y gestión de controversias en los programas de Bachelor y Master de dichas instituciones.

Ha participado activamente como ponente o moderador en conferencias dedicadas al arbitraje internacional, además de publicar con regularidad sobre este tema. Es autor de diversos libros entre los que destacan *«Droit suisse des affaires»* (Derecho suizo de los negocios) y *«Assignment and Arbitration -A Comparative Analysis»* (Cesión y arbitraje- un análisis comparativo). Es también autor de diversos artículos (versiones PDF disponibles en www.landrove.ch/publication.htm) sobre temas de arbitraje internacional y Miembro del Consejo Científico del *Master in Sports Administration (MSA)* del AISTS, así como Co-Director del *Law Module* del MSA.

Por otra parte, Juan Carlos Landrove es titular de un doctorado en arbitraje internacional *(Summa cum laude,* por unanimidad), Universidad

de Lucerna (2007), de un *LL.M. in Comparative Jurisprudence*, *New York University (NYU)* (1998-1999), así como de una Licenciatura en Derecho suizo, Universidad de Ginebra (1989-1993) y español, Ministerio de Educación y Ciencia (convalidación, 1994). En el 2008, obtuvo el «Premio Alfred E. von Overbeck» del Instituto Suizo de Derecho Comparado (ISDC), por su trabajo *«Assignment and Arbitration -A Comparative Analysis»* (2007).

Actualmente, es además miembro de numerosas asociaciones profesionales, entre ellas, la *Swiss Arbitration Association (ASA)* y el Club Español del Arbitraje (CEA).

Juan Guillermo Lohmann Luca de Tena

Es socio del Estudio Rodrigo. Elías & Medrano - Abogados (Lima). Árbitro y abogado de parte en arbitrajes domésticos e internacionales *ad-hoc* o administrados por la Cámara de Comercio de Lima, por la Cámara de Comercio Internacional y otras instituciones.

Obtuvo los grados de Bachiller en Derecho y de Abogado en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima), convalidando el grado de Licenciado en Derecho en la Universidad Complutense de Madrid, España (1978). Cuenta en su experiencia profesional con una amplia experiencia jurídica, como integrante de la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia en el Perú (CERIAJUS), miembro de la Comisión de Reglamento Arbitral designada por el Ministerio de Justicia (1987), Procurador público *ad-hoc* para diversos encargos de defensa judicial del Estado Peruano, integrante de la Comisión de Reforma del Código Procesal Civil en representación del Ministerio de Justicia (1991-1992), Vocal suplente de la Corte Superior de Justicia de Lima (1990-1992), Presidente de la Comisión encargada de formular el Reglamento del Código Procesal Civil (1992-1993), miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial (1992-1993), integrante de la comisión encargada por el Poder Ejecutivo para el Proyecto de Ley de Fundaciones (1994-1995), Miembro de la Comisión

de Reforma del Código Civil, o como Magistrado suplente del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

Es Miembro de Número de la Academia Peruana de Derecho. Asimismo, es autor de los libros *El Negocio Jurídico*, *El Arbitraje*, *Temas de Derecho Civil* y *Derecho de Sucesiones* y numerosos artículos monográficos.

Catedrático de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima), en la Universidad de Lima y en la Universidad de Piura.

Alejandro López Ortiz

Es abogado del despacho internacional Hogan Lovells International LLP, especializado en arbitraje internacional, práctica que coordina en la oficina de Madrid. Antes de incorporarse a Hogan Lovells en 2005, trabajó como abogado en B. Cremades y Asociados durante cinco años. Alejandro ha intervenido como abogado en numerosos arbitrajes internacionales, tanto comerciales como de inversión, ante instituciones como CIADI, CCI, LCIA, SIAC, la Corte de la Cámara de Comercio de Hungría, la Corte de Arbitraje de Madrid, la Corte Española de Arbitraje, el Tribunal Arbitral de Barcelona o CIMA, así como en arbitrajes *ad-hoc* bajo el Reglamento UNCITRAL. Además, actúa frecuentemente como árbitro, estando en las listas de instituciones como la Corte de Arbitraje de Madrid o la Corte de Arbitraje de la OMPI. Ha intervenido como experto ante tribunales de Irlanda y Noruega en un asunto relativo a la ejecución de un laudo extranjero y cuestiones de orden público internacional.

Es miembro del Global Advisory Board de ICDR Y&I, del Club Español de Arbitraje y de otras organizaciones profesionales de arbitraje de todo el mundo.

Alejandro es licenciado en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid y tiene un LL.M. en *International Business Law* por la *London School of Economics.* Habitualmente, interviene en conferencias y publica acerca

de temas relacionados con el arbitraje internacional. También es coautor de la traducción de la Ley Española de Arbitraje de 2003 al inglés.

Antonio María Lorca Navarrete

Antonio María Lorca Navarrete es Catedrático de Derecho Procesal y de Derecho de Arbitraje de la Universidad del País Vasco. Es Doctor Honoris Causa por las Universidades Inca Garcilaso de la Vega de Lima (Perú); por la Universidad San Pedro Sula (San Pedro Sula-Honduras); por la Universidad San Pedro (Perú); y por la Universidad Nacional de Trujillo (Perú). Es Profesor distinguido de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Universidad del Perú, Decana de América). Ha obtenido medalla conmemorativa de la Universidad San Martín de Porres de Lima (Perú) con ocasión de su conferencia magistral sobre las ¿Cuestiones complejas del arbitraje? en el II Curso Anual de Postgrado en Técnica Arbitral (Lima-Perú. Octubre, 2010). Ha sido incorporado el día 3 de mayo de 2011 como Miembro Honorario del Colegio de Abogados de La Libertad (Perú).

Ha sido Director de varias tesis doctorales sobre arbitraje y como árbitro designado por la Corte Vasca de Arbitraje ha procedido a laudar en las siguientes actuaciones arbitrales: laudo arbitral protocolizado notarialmente el 15 de abril de 1998 [se puede consultar en la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje, en adelante RVDPA, 3, 1998]; laudo arbitral protocolizado notarialmente el día 7 de mayo de 1998 [se puede consultar en la RVDPA, 3, 1998]; laudo arbitral protocolizado notarialmente el 29 de julio de 1998 [se puede consultar en la RVDPA, 3, 1998]; laudo arbitral protocolizado notarialmente el 14 de octubre de 1998 [se puede consultar en la RVDPA, 1, 1999]; laudo arbitral protocolizado notarialmente el 29 de octubre de 1999 [se puede consultar en la RVDPA, 1, 2000]; laudo arbitral protocolizado notarialmente el 6 de noviembre de 2001 [se puede consultar en la RVDPA, 3, 2001]; laudo arbitral protocolizado notarialmente el 16 de febrero de 2004 [se puede consultar en la RVDPA, 2, 2004]; laudo arbitral protocolizado notarialmente el 12 de marzo de 2004 [se puede consul-

tar en la RVDPA, 3, 2004]. Es Presidente de Colegios Arbitrales de la Junta Arbitral de Consumo de Euskadi. Como Presidente de Colegios Arbitrales de la Junta Arbitral de Consumo de Euskadi ha intervenido en los expedientes: Gi-187/01; Gi-012/02; Gi-212/01 [se puede consultar en la Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje (RVDPA), 2, 2002]; 01J001/18/2003 [se puede consultar en la RVDPA, 2, 2003]; 01J001/88/2003 [se puede consultar en la RVDPA, 3, 2003]; 01J001/27/2003; 01J001/159/2003 [se puede consultar en la RVDPA, 1, 2004]; 01J001/278/2003; 01J001/344/2003; 01J001/395/2003 [se puede consultar en la RVDPA, 2, 2004]; 01J001/419/2003; 01J001/121/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 3, 2004]; 01J001/610/2003 [se puede consultar en la RVDPA, 1, 2005]; 01J001/685/2003 [se puede consultar en la RVDPA, 2, 2005]; 01J001/295/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 3, 2005]; 01J001/238/2004; 01J001/78/2004; 01J001/141/2004 [se pueden consultar en la RVDPA, 1, 2006]; 01J001/192/2004; 01J001/328/2004; 01J001/313/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 2, 2006]; 01J001/456/2004; 01J001/357/2004; 01J001/349/2004;01J001/510/2004 [se pueden consultar en la RVDPA, 3, 2006]; 01J001/472/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 1, 2007]; 01J001/523/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 2, 2007]; 01J001/404/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 3, 2007]; 01J001/687/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 1, 2008]; 01J001/664/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 2, 2008]; 01J001/655/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 1, 2009]; 01J001/652/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 2, 2009]; 01J001/696/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 3, 2009]; 01J001/742/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 1, 2010]; 01J001/721/2004 [se puede consultar en la RVDPA, 2, 2010]; 01J001/22/2005 [se puede consultar en la RVDPA, 3, 2010]. Es Presidente de la Corte Vasca de Arbitraje (web: www.cortevascadearbitraje.com) y Director del curso de potsgrado de ¿Especialista universitario en resolución extrajudicial de conflictos? Título propio de postgrado de la Universidad Antonio de Nebrija impartido a través del Campus Virtual (web: http://www.nebrija.com/otros-cursos/curso-posgrado-arbitraje/index.htm).

Antonia Magdaleno Carmona

Licenciada en Derecho. Premio extraordinario fin de carrera. Premio al Rendimiento Académico por la Generalitat Valenciana. Socio fundador de la firma Antonia Magdaleno Abogados. Profesora asociada del Departamento de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Valencia, Profesora de Derecho Concursal en la Universidad Católica de Valencia, de la Universidad Jaume I de Castellón.y Profesora de la Universidad Internacional de Andalucía. Árbitro del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia, del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Valencia, de AEADE, y de la Corte Española de Arbitraje. Miembro del Club Español de Arbitraje, Presidenta de la Sección de Derecho Procesal del ICAV.

Ha realizado publicaciones y estudios en diversos medios y editoriales, (*Anuario de Derecho Concursal, Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Iberian Lawyer, La Tribuna del Derecho,* etc.).

Entre sus publicaciones más recientes destacan «La Constitución Española de 1978 después de su trigésimo aniversario», Tirant lo Blanch, 2010, «Crisis Inmobiliaria y Derecho Concursal», Ed. Aranzadi, «Sobre el Alma de la Toga», Ed. Tirant lo Blanch, «La liquidación anticipada», Aranzadi, y «Comentario Práctico a la Ley de Competencia Desleal», Tecnos.

Abogada destacada en el Directorio Internacional IFLR1000 (2010), como socia responsable de Restructuring and Insolvency; Expert in Dispute Resolution en European Legal Experts (2011); Best Lawyers in Spain destacada en Insolvency and Reorganization (2009 y 2010).

Núria Mallandrich Miret

Desde el año 2004 es profesora de Derecho Procesal en la Universidad de Barcelona. Licenciada en Derecho por la *Universitat Pompeu Fabra* de Barcelona. En el año 2009 se doctoró en la Universidad de Barcelona obteniendo la máxima puntuación de sobresaliente *cum laude.* Su tesis

doctoral fue también premiada con el premio extraordinario de doctorado. Es autora de varios trabajos sobre arbitraje entre los que cabe destacar su monografía *Medidas cautelares y arbitraje,* publicada en el año 2010.

Como profesora universitaria ha impartido distintas asignaturas relacionadas con el Derecho Procesal y Arbitraje. También ha impartido docencia en distintos cursos de postgrado y master en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, del que es miembro, así como en el ISDE.

Diana Marcos Francisco

Es profesora de Derecho Procesal de la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, contratada con cargo al subprograma Juan de la Cierva del Ministerio de Ciencia e Innovación.

Diana Marcos obtuvo el título de Licenciada en Derecho por la Universidad de Valencia (2005), obteniendo Premio extraordinario de fin de carrera. Fue becaria de colaboración (2005) y becaria de investigación predoctoral de formación de personal investigador (2005-2009) en dicha Universidad y en el año 2009 obtuvo el Doctorado en Derecho con la máxima calificación (*cum laude*). Previamente (2007) fue galardonada con el Accésit al trabajo de investigación sobre la *Orden Europea de Detención y Entrega: origen, sentido y principales principios rectores*.

Impartió lecciones como Profesora de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, en el Departamento de Derecho Administrativo y Procesal (Área de Derecho Procesal) los años 2007 y 2008. Los años 2008 y 2009 ha intervenido en el Master sobre Derecho de la Empresa ofrecido por la precitada Universidad impartiendo diversos seminarios y conferencias sobre arbitraje de consumo. Como especialista en arbitraje de consumo, prestó sus servicios de junio a diciembre del 2010 en la Junta Arbitral de Consumo de la Comunidad Valenciana, siendo beneficiaria de una beca concedida por la Conselleria de Industria, Comercio e Innovación a la que se adscribe la mencionada Junta Arbitral.

Ha disfrutado de diversas estancias en el extranjero y ha sido profesora invitada de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), impartiendo clases sobre Derecho Procesal Boliviano durante la 6.ª edición del Master en Derecho Civil y Procesal Civil, organizado por tal Universidad en cooperación con la Universidad de Valencia (2010).

Sus investigaciones se han centrado en distintas materias procesales, tales como la orden europea de detención y entrega y las Alternative Dispute Resolution, contando con numerosas publicaciones al respecto. En cuanto a monografías, cabe destacar, entre otras, la *Orden Europea de Detención y Entrega: especial referencia a sus principios rectores* y *El arbitraje de consumo y sus nuevos retos*. Y, por lo que se refiere a sus numerosos artículos doctrinales publicados, cabe reseñar «La eficacia y el control jurisdiccional del convenio arbitral de consumo: la excepción como el medio procesal para hacer valer su efecto negativo», galardonado con el Premio de la Corte Vasca de Arbitraje (VII: Edición) de Fomento del Arbitraje.

Alfonso Maristany Pintó

Es abogado en la oficina de Barcelona de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, S.L.P. Es Licenciado en Derecho por la Universidad de Barcelona y LL.M con especialización en resolución de disputas por la Facultad de Derecho de *Queen Mary and Westfield College (London University).* Tiene amplia experiencia en litigación y arbitraje en ámbito nacional e internacional y habla inglés y francés.

Jorge Mas Taladriz

Diploma de Estudios Avanzados por la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, con calificación de sobresaliente, en la especialidad de arbitraje, por el trabajo «*El arbitraje como equivalente jurisdiccional*». Miembro de la Cátedra de Arbitraje del Instituto de Derecho Público de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Profesor de arbitraje en el Curso

Superior de Arbitraje del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, *Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE)*, cursos de especialización, Universidad Rey Juan Carlos, Centro de Estudios Económicos y Comerciales (CECO), así como profesor y coordinador del Curso de Capacitación en Arbitraje Internacional impartido en la Cámara de Comercio de Bogotá (Colombia). Coautor del libro «*Curso de Derecho Arbitral*» (Tirant lo Blanch, Valencia, 2009). Abogado en ejercicio del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, con amplia experiencia como árbitro y letrado de parte, habiendo actuado ante diversas cortes nacionales e internacionales y arbitrajes *ad-hoc*, y desarrollando actualmente su labor en la firma Davies Arnold Cooper (Madrid).

Gema Mayol Gómez

Licenciada en Derecho (1992) por la Universidad de Barcelona, es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona desde 1997. Cuenta con cursos de postgrado en Derecho de Familia, Matrimonial Canónico, Civil y Responsabilidad Civil. Abogada especializada en la Resolución Alternativa del Conflicto, ha realizado numerosos cursos en materia de negociación, y muy especialmente en Arbitraje (Formación de Árbitros y Técnica Arbitral en ICAB, ESADE y Tribunal Arbitral de Barcelona) y Mediación (Master ICAB 2009-2010). Es asimismo, mediadora habilitada por el Centro de Mediación Familiar de Catalunya. Antes del actual despacho ejerció la profesión en el Bufete Vega Sala (1993-1996) y Pintó Ruiz (1995-1997) entre otros. En la actualidad ejerce la profesión en su propio despacho, actividad que compagina con su cargo de letrada adjunta al Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona donde previamente trabajó sucesivamente en los departamentos de deontología, responsabilidad civil y vicedecanato de la Corporación. Igualmente, es miembro de la Comisión de Arbitraje del ICAB y adjunta colaboradora de la Junta Gestora de la misma y es miembro del Grupo de Trabajo Derecho y Familia de ESADE.

Màrius Miró Gili

Socio de Roca Junyent SLP. Licenciado en Derecho y Filosofía, ejerce como coordinador del Departamento Procesal y Civil de la firma. Es Abogado en ejercicio desde 1972, actuante ante toda clase de jurisdicciones y grados: Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Audiencias; abarcando todo el ámbito de derecho procesal, privado, de la personalidad, derechos humanos, y, en general, civil y mercantil.

Ex Profesor de la Universidad de Barcelona, de la Universidad Pompeu Fabra y del Colegio de Abogados de Barcelona. Imparte numerosas conferencias y cursos.

Ha ejercido como Árbitro, ya único o ya como Presidente del Tribunal, en numerosos arbitrajes, nombrado bien directamente por las partes, bien por la Cámara de Comercio e Industria de Barcelona, bien por el Tribunal Arbitral de Barcelona.

Actualmente, Vocal y Secretario de la Junta Directiva del Tribunal Arbitral de Barcelona.

Es autor de diversas publicaciones, tales como «La resolución alternativa de conflictos en el ámbito del derecho inmobiliario», en *Derecho Inmobiliario Mercantil* de AA.VV. Ed. Bosch. (2009), «La rescisión por lesión. Última jurisprudencia del TSJC» *en Món Juridic.* (2008), «El protocolo familiar: pactos entre accionistas en las sociedades familiares españolas» (2007), «*L'arbitrato nelle controversie societarie*» (2005), entre otras. Y, asimismo, ha sido y está recomendado por *Chambers Global*, ediciones 2008, 2009 y 2010, en el área de «*Dispute Resolution*»; por Legal 500, ediciones 2008, 2009 y 2010 en el área de «*Dispute Resolution*»; por *Chambers Europe*, ediciones 2008 y 2009, en el área de «*Dispute Resolution*»; por *Best Lawyers International* ediciones 2008 y 2009 y por *Best Lawyers*, edición 2009, en las áreas de «*Arbitration and Mediation*» y «*Litigation*».

Ana Montesinos García

Se doctoró en el año 2006 con la Tesis titulada «Arbitraje y nuevas tecnologías». Por la citada Tesis obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado. Obtuvo además, en 2004, el Accésit del premio «Facultad de Derecho de Valencia» al mejor trabajo de investigación jurídica titulado «Arbitraje *on line*» y el I premio de fomento al arbitraje de la Corte Vasca de arbitraje. Ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Ginebra (Suiza), Humboldt Universität (Berlín); Jeshiva University y Fordham University (Nueva York), así como en la Corte de Arbitraje Internacional de París. Forma parte del Grupo de investigación integrante del proyecto: «La experiencia del arbitraje y la mediación en los sistemas anglosajones y asiáticos y su incorporación en el nuevo modelo de justicia español del siglo XXI», financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España.

Es autora de dos monografías: *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, Marcial Pons, 2009, y *Arbitraje y Nuevas Tecnologías*, Thomson, 2007. De varios capítulos de libros relacionados con los ADR: «La mediación penal en Inglaterra y Gales», *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*, (Coord. S. Barona Vilar), Tirant lo Blanch, (2009); «El arbitraje de consumo virtual», *Consumidores y Usuarios ante las Nuevas Tecnologías*, AA.VV. (Coord. L. Cotino Hueso), Tirant lo Blanch (2008); «Los retos del arbitraje ante las nuevas tecnologías», *Arbitraje y Justicia en el Siglo XXI*, AA.VV. (Coord. S. Barona Vilar), Cívitas, (2007); «Arbitraje *on line*», *Vademécum de principios inspiradores del arbitraje y de práctica arbitral de tribunales arbitrales según la nueva Ley de Arbitraje n.º 60/2003,* AA.VV., Instituto Vasco de Derecho Procesal.

En la actualidad es profesora contratada Ramón y Cajal en la Universidad de Valencia.

Sagrario Morán Blanco

Profesora Contratada Doctora de la Universidad Rey Juan Carlos del Área de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales (Departamento de Derecho Público II). Es Doctora en Ciencias de la Información.

Ha realizado investigaciones en la Universidad de Georgetown, Washington, en el Departamento de Estudios Vascos de la Universidad de Reno, Nevada (EE.UU.), en el Instituto de Ciencias Políticas, París, y en la Universidad de La Habana.

Sus principales líneas de investigación son: Terrorismo, Cooperación Internacional, Cooperación al Desarrollo de la Unión Europea y Derechos Humanos, Diversidad de la Unión Europea e Inmigración, Resolución de Conflictos Armados, Guerra e Información, Desarrollo Social y Procesos de Integración en América Latina, Delincuencia Organizada.

Es autora de *ETA, entre España y Francia,* Complutense, Madrid, 1997; *PNV-ETA, Historia de una relación imposible,* Tecnos, Madrid, 2004; *Asimetría, Guerras e Información*, Dilex, Madrid, 2009.

Entre las publicaciones en revistas científicas destacan: «Cooperación al desarrollo de la Unión Europea y Derechos Humanos», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2006; «La ampliación y la Inmigración, causas de la diversidad en la Unión Europea», *Revista Estrategia Global*, Madrid, 2006; «La colaboración antiterrorista: el eje Madrid-París», González Calleja (Ed.): Políticas del Miedo. Un balance del terrorismo en Europa. Biblioteca nueva, Madrid, 2002; «Desarrollo Social y los Procesos de Integración en América Latina», *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, Madrid, 2010, y «Diversidad de la UE y protección de los Derechos de las Minorías», *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, n.º 25, 2010. Ha participado en las Jornadas Iberoamericanas de Estudios Internacionales celebradas en Montevideo con una ponencia titu-

lada «La Cooperación al Desarrollo en América Latina y su incidencia en los derechos humanos y la migración».

Ha participado en Misiones de Observación Electoral organizadas por la UE, OSCE y ONU en Kosovo, Bosnia Herzegovina, Sierra Leona, Venezuela, entre otras.

Lidia Moreno Blesa

Licenciada en Derecho (Universidad Complutense de Madrid y Premio Extraordinario de Licenciatura). Doctora en Derecho (sobresaliente *cum laude* por unanimidad). Acreditada por la ACAP como Profesor Contratado Doctor y Profesor Doctor de Universidad Privada. Profesora Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad Europea de Madrid, donde ha desempeñado también cargos de Directora del Departamento de Derecho, Coordinadora de la Escuela de Práctica Jurídica y Directora del Postgrado «Experto Jurídico en Internet». Especialista en Derecho Internacional Privado y Derecho Comunitario. Publicaciones sobre la regulación de la energía en la Unión Europea, la Ley de Extranjería, el Comercio Internacional y el Arbitraje.

Ramón Mullerat Balmaña

Abogado en KPMG Abogados. *Avocat à la Cour* de París, Francia; Miembro honorario de la *Law Society of England and Wales*; Miembro honorario del *Bar of England and Wales*; Ex profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona; Profesor adjunto de la *John Marshall Law School*, Chicago, EE.UU.; Profesor de la Facultad de Río Piedras de la Universidad de Puerto Rico; Ex Miembro del Consejo Europeo de la *Emory University*, Atlanta, EE.UU.; Ex Presidente del Consejo de Colegios de Abogados de la Unión Europea (CCBE); Miembro del *Center for Human Rights de la American Bar Association* (ABA); Miembro de la *Task Force on Attorney-Client Privilege* de la ABA; Miembro del *American Law Institute* (ALI); Miembro de la *American Bar Foundation* (ABF); Presidente del *European Advisory Council del International*

Senior Lawyers Project (ISLP); Miembro del Comité Ejecutivo del Instituto de Estudios Norteamericanos (IEN); Ex Copresidente del *Human Rights Institute de la International Bar Associaton* (IBA); Ex Miembro de la *London Court of International Arbitration* (LCIA); Miembro del Observatorio de Justicia de Cataluña; Presidente de la Asociación para el Fomento del Arbitraje (AFA); Miembro de Número y Secretario de la *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*; Ex Presidente del Consejo Editorial del *European Lawyer*; Miembro del Consejo Editorial del *Iberian Lawyer*; Director del Master Internacional de Derecho del Instituto Superior de Derecho y Economía (ISDE).

Enrique Navarro Contreras

Abogado-Consultor de Davies Arnold Cooper Abogados, Doctor en Derecho, Profesor Titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, autor de varias monografías y numerosos artículos, conferenciante habitual en foros nacionales e internacionales.

Maria Belén Olmos Giupponi

Profesora Contratada Doctora de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid. Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid. Master en Derechos Fundamentales. Magíster en Relaciones Internacionales (Universidad Nacional de Córdoba). Investigadora asociada en el Instituto Universitario Europeo (Florencia). Investigadora de Postgrado del Ministerio de Educación en el C*onsiglio Nazionale delle Ricerche* de Roma. Profesora de las asignaturas: Derecho Internacional Público I y II, Derecho Internacional Privado y Derecho Comunitario. Principales líneas de investigación: integración latinoamericano-caribeña, comercio internacional y derechos humanos, Poder Judicial, Derecho Comunitario y políticas de inmigración y asilo, y Comunidad Iberoamericana de Naciones.

Entre sus publicaciones más relevantes están «La nueva configuración del principio democrático en el continente americano» (2007), «Las relaciones Unión Europea y América Latina: ¿nueva etapa en los acuerdos de cooperación interregionales?» (2005).

Felipe Osterling Parodi

Especializado en temas civiles, mercantiles, corporativos y constitucionales, así como en arbitrajes. Particularmente, su asesoría se centra en consultoría muy especializada y de un alto nivel de sofisticación en Derecho Civil Patrimonial y arbitrajes nacionales e internacionales.

Ha sido Presidente de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, desde 1970, la misma que dio origen al nuevo Código Civil peruano de 1984, habiendo elaborado el proyecto de la parte relativa al Derecho de Obligaciones, así como su exposición de motivos. Fue fundador de Osterling Abogados en el año 1980 y, previamente, fue socio del Estudio Olaechea desde 1957 hasta 1979.

Fue Ministro de Estado en la Cartera de Justicia desde el 28 de julio de 1980 hasta el 4 de agosto de 1981. Fue Senador de la República por los períodos 1985-1990 y 1990-1992; Presidente de las Juntas Preparatorias del Senado en 1990, por haber obtenido la mayor votación nacional; miembro de la Comisión Permanente del Congreso desde 1985 hasta 1992; miembro de la Comisión de Justicia del Senado (1985-1991); miembro de la Comisión de Defensa Nacional y Orden Interno (1985-1990); Presidente de la Comisión de Defensa Nacional y Orden Interno del Senado (1990-1991); y Miembro de la Comisión Consultiva del Ministerio de Relaciones Exteriores desde 1985 hasta 1992. Desde el 26 de julio de 1991 hasta el 5 de abril de 1992 fue Presidente del Senado y del Congreso de la República.

Ha sido Decano del Colegio de Abogados de Lima y Presidente de la Academia Peruana de Derecho, de la que es miembro honorario. Además de su ejercicio profesional, es profesor principal en la Facultad de

Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, de la que ha sido su Decano, y autor de numerosas obras.

Actúa como árbitro y como abogado defensor en casos de arbitraje, tanto en el Perú como el extranjero, y en numerosas ocasiones se le requiere en arbitrajes internacionales, como experto en ley peruana. Ha sido reconocido por las prestigiosas revistas *Chambers Latin America* de *Chambers & Partners Legal Publishers* y *Who is Who Legal* por su desempeño como árbitro.

Ostenta condecoraciones del Estado Peruano y de los Congresos de las Repúblicas del Perú, Bolivia y Chile, así como la Orden de San Raimundo de Peñafort en el grado de Gran Cruz (España).

Blanca Padrós Amat

Abogada colegiada en el Ilustre Colegio de Abogados/as de Barcelona desde 1996, Blanca Padrós es especialista en Derecho Internacional Privado, cooperación judicial internacional en el ámbito civil y mercantil y asuntos de Derecho Privado con elementos transfronterizos, especialmente en materia de contratos civiles y mercantiles internacionales, procedimientos transfronterizos, reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, compraventas inmobiliarias transfronterizas, sucesiones internacionales y temas extrajudiciales y judiciales con presencia de personas, bienes o derechos en más de un territorio. Ha impartido conferencias y publicado artículos de temática jurídica internacional, participado en congresos europeos, y dirigido grupos de trabajo a nivel local, europeo e internacional. Fue miembro y ponente del International Litigation Group y Presidenta Fundadora del Grupo Ibero-Francófono de Profesionales del Derecho de la red europea Eurojuris International con sede en Bruselas. Actualmente, es Vocal de la Sección de Derecho Comunitario e Internacional y Vicepresidenta del Grupo Asesor en Relaciones Internacionales del Colegio de Abogados/as de Barcelona, así como Socia de la Cámara de Comercio e Industria Francesa en Barce-

lona, la Cámara de Comercio Belgo-Luxemburguesa en Cataluña y la Asociación Hispano-Alemana de Juristas.

Carmen Parra Rodríguez

La profesora Parra es Licenciada en Derecho por la Universidad de Granada, Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona, Diplomada por la Escuela de Altos Estudios Internacionales del CEI y Diplomada en Derecho Europeo por la Universidad Libre de Bruselas.

Profesora de Derecho Internacional y de Instituciones de Derecho Comunitario de la Universidad a Distancia, profesora del curso de Doctorado «Contratos en el ámbito del comercio internacional» de la Universidad de Barcelona, profesora del postgrado en Derecho Civil de Derecho de Familia de la Universidad de Barcelona y profesora del Master en logística y comercio internacional del Centro de Investigación y Desarrollo Empresarial (CIDE) y el Instituto de Logística Internacional (ILI) de Barcelona.

Es miembro del grupo de expertos del Ministerio de Justicia para la negociación de Convenios Internacionales, Miembro del Comité Consultivo de la Consejería de Justicia de la *Generalitat de Catalunya*, miembro del *Observatori de Dret Privat*, Presidenta del Observatorio de Economía Solidaria.

En la actualidad, la profesora Parra es Directora de la Cátedra de Economía Solidaria de la Universidad Abat Oliba, donde es también la Secretaria General de la Universidad y profesora de Derecho Internacional y de Instituciones de Derecho Comunitario.

Pilar Perales Viscasillas

Catedrática de Derecho Mercantil en la Universidad de La Rioja. La profesora Pilar Perales se licenció por la Universidad Autónoma de Madrid (1991), y obtuvo el grado de Doctora en Derecho por la Universidad Carlos III de Madrid (1996) con Premio Extraordinario.

Consejera académica en Baker & McKenzie. Delegada de España ante la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL) y árbitro internacional.

Susana Pérez Escalona

La Doctora Susana Pérez es Profesora de Derecho Mercantil en la Universidad de La Rioja. Es Licenciada y Doctora en Derecho y ha obtenido el primer premio del Premio Nacional de artículos jurídicos «García Goyena», por el trabajo «La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje en Derecho de Asociaciones: admisibilidad teórica y viabilidad práctica» (2005).

Es autora de monografías como *La asociación y el Derecho de Sociedades: una revisión en clave contractual* (2007); *El derecho de asociación y las asociaciones en el sistema constitucional español* (2007) y de otras publicaciones como *«Las fuentes del derecho de asociación»* (2000); *«La asociación y el Derecho de Sociedades: breves notas para un debate»* (2004); «El reparto de competencias normativas en materia de asociaciones» (2001); *«Un caso de inadmisión de asociados por razón de sexo: los límites a la libertad de contratar en la comunidad de pescadores El Palmar»* (2005); *«El concepto y la personalidad jurídica de la Asociación Europea: problemas de interpretación a la luz del Derecho nacional»* (2005); «*La impugnación de acuerdos sociales mediante arbitraje en Derecho de Asociaciones: admisibilidad teórica y viabilidad práctica» (*2006); *«Constitucionalidad de la Ley Orgánica de Asociaciones y distribución de competencias»* (2006).

Ulisis Pittí González

Profesor Titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Panamá, Área de Derecho Privado. Doctor en Derecho Universidad Complutense de Madrid, Postgrado en Mediación, Universidad de Panamá, Postgrado en Mediación y Didáctica General. Profesor invitado, Universidad Externado de Colombia. Académico Correspondiente de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cór-

doba - Argentina. Doctor Honoris Causa, Universidad Interamericana de Morelos - México (Campus Cuernavaca). Director del Instituto de Especialización de Negociación, Conciliación, Mediación y Arbitraje, en la Universidad de Panamá. Director del Programa de Fortalecimiento de Métodos Alternos de Solución de Controversias Comerciales (Proyecto BID-Cámara de Comercio). Director-Coordinador de la Elaboración de los Programas Curriculares sobre los (MACS), —IINMA— Universidad Tecnológica de Panamá. Coordinador Académico del Primer Congreso Mundial de Arbitraje celebrado en la ciudad de Panamá. Ponente y Coordinador Académico en el IV Congreso Internacional De L'Asociación Andrés Bello sobre «El Futuro de las Inversiones en América Latina, Derecho de las Inversiones y Constituciones», con el tema: Arbitraje en Materia Inversiones en América Latina, Panamá. Intercambio de experiencias de los Programas de los MASC, como Director del Proyecto BID-Cámara de Comercio de Panamá en América Latina. Washington, D.C. Ponente en el Foro «Arbitraje de las Inversiones: El Fenómeno Panameño Perspectivas en Latinoamérica y III Congreso Internacional de Métodos Alternos». Árbitro.

Maria Eduviges Pontigo Drabs

Nacida en Bruselas, Licenciada en Derecho de la Universidad de Salamanca, cuenta con estudios de Master in European and International Tax Law de la Maastricht Universiteit. Marketing y gestión de despachos del Centro de Negocios de Barcelona, Derecho de los Negocios Internacionales, Arbitraje Internacional, Derecho Procesal Comunitario.

Abogada del Colegio de Abogados de Barcelona, ha trabajado con el Cabinet d'avocats Vanderveeren et associés, Bruselas, y otros españoles centrados en Derecho Privado Europeo e Internacional, Derecho contractual europeo e internacional, Derecho Fiscal europeo e internacional.

Actualmente, abogada en Barcelona en Cabinet Global Défense, despacho internacional focalizado sobre las relaciones civiles y de comercio con los países de lengua francesa.

César Rivera

Socio de Cuatrecasas, Gonçalves Pereira en la oficina de Barcelona de la firma. Está especializado en litigación y arbitraje en disputas derivadas de operaciones de M&A, contratación mercantil y conflictos societarios. Ha participado en numerosos arbitrajes nacionales e internacionales, tanto *ad-ho*c como institucionales. Se licenció en la Universidad de Navarra y realizó un LL.M. en la *University of London* (*University College of London*). Ha sido Coordinador del CEA-40 del Club Español del Arbitraje y socio fundador de la Asociación de Fomento del Arbitraje (AFA), ha impartido diversos seminarios y cursos y publicado artículos sobre arbitraje, litigación y conflictos societarios.

Iván Rodríguez Benzaquen

Es diplomático de carrera y en la actualidad mantiene el grado de Segundo Secretario en el escalafón del Servicio Diplomático de la República del Perú. Licenciado en Comunicaciones (2003) por la Universidad de Lima y Master en Relaciones Internacionales (2005) por la Academia Diplomática del Perú, donde obtuvo el título de Diplomático. Master en Marketing (Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, 2010). Como diplomático ha servido como Vicecónsul y Cónsul Adjunto del Perú en Barcelona.

Aránzazu Roldán Martínez

Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Europea de Madrid, donde ha impartido la asignatura «Solución extrajudicial de conflictos». Tiene diversas publicaciones relacionadas con el Derecho del Deporte y la resolución extrajudicial de

conflictos, materias ambas en las que ha colaborado en proyectos de investigación de financiación pública.

Vicente Roldán Martínez

Socio de la firma Antonia Magdaleno Abogados, y administrador concursal.

Licenciado en Derecho, Master en Práctica Jurídica y Asesoramiento Legal de Empresas por la Universidad de Castilla La Mancha, Master en Banca y Finanzas por el Instituto Superior de Técnicas Bancarias.

Publica artículos en diarios económicos en materia concursal y arbitraje en *Chambers magazine*, e imparte conferencias en cursos y ponencias sobre Derecho Concursal, es, igualmente, profesor del Master de Asesoría Jurídica de Empresas organizado por la Fundación de Estudios Bursátiles de Valencia.

Rita Sabroso Minaya

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesora de Derecho Civil en dicha Universidad. Con estudios en la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la referida casa de estudios.

Especializada en Derecho Civil, Derecho Arbitral, y Derecho de la Competencia y Propiedad Intelectual.

Desde el 2007 es secretaria arbitral en diversos procesos *ad-hoc*.

Ha sido asistente y adjunta de docencia en el curso de Contratos Típicos I y Derecho de las Obligaciones de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ha publicado, en coautoría con Mario Castillo Freyre, los libros *La Teoría de los Actos Propios* (2006) y *El Arbitraje en la Contratación Pública* (2009).

Asimismo, ha publicado, como autora y coautora, diversos artículos sobre Arbitraje y Propiedad Industrial en diversas revistas de Derecho del país y del extranjero.

Expositora en diversos eventos sobre Derecho Civil, Arbitraje, Contratación Pública y Propiedad Industrial.

Carmen Salvado Santos

Licenciada en Derecho en el año 2005 por la Universidad de La Coruña, ha completado estudios de postgrado con el Curso de Especialización en Marcas, Patentes, Derechos de Autor y Competencia del Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de Santiago de Compostela (año 2006). Abogada asociada del despacho Amat & Vidal-Quadras Advocats y miembro del área Civil y Procesal-Contenciosa. Es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona desde el año 2006. Área de especialización: Propiedad Industrial e Intelectual, Derecho de la Competencia y Publicidad.

Susana San Cristóbal Reales

Doctor en Derecho Procesal por la Universidad Complutense de Madrid con *apto cum laude* por unanimidad en 1995. Dirigida por D. Andrés de la Oliva Santos (catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid). Acreditada ANECA como Profesor Contratado Doctor.

Profesora de Derecho Procesal en el Real Centro Universitario Escorial M.ª Cristina (adscrito a la Universidad Complutense de Madrid) y en la Universidad Antonio de Nebrija. Abogado en ejercicio.

Autora de numerosos artículos jurídicos en el Anuario Jurídico y Económico Escurialense, y coordinadora y autora de capítulos de libros, y libros, entre los que cabe destacar: *Manual de Derecho de la Construcción.* Madrid: La Ley, 2008; *Estudios sobre la Propiedad Horizontal.* Madrid: La Ley, 2009, Las reformas en las acciones arrendaticias (Ley n.º 19/2009 de 23 de noviembre de 2009, de medidas de fomento y agilización procesal del alquiler). Madrid: La Ley, 2010.

Víctor Manuel Sánchez Álvarez

Abogado en Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Tiene experiencia en arbitraje doméstico e internacional, en instituciones como la *International Chamber of Commerce* (ICC), *London Court of International Arbitration* (LCIA), el Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB), etc.

Es Licenciado en Derecho (2001) y en Administración y Dirección de Empresas (2003) por la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y LLM (*Master of Laws*) (2004) por la *University of Manchester.* Es profesor asociado de Derecho Civil en la Universidad Pompeu Fabra.

M.ª Victoria Sánchez Pos

Doctora en Derecho por la Universidad de Navarra y Profesora de Derecho Procesal de su Facultad de Derecho. Autora de varias publicaciones sobre arbitraje, de entre las que puede destacarse la monografía «El control judicial en la ejecución del laudo arbitral» (Aranzadi, 2009). Ha participado también en la elaboración de obras colectivas como «Ley de Enjuiciamiento Criminal y otras normas procesales. Códigos con Jurisprudencia» (Aranzadi, 2009); «Aspectos Procesales del Fuero Nuevo de Navarra» (Instituto Navarro de Administración Pública, 2010); «Presente y futuro de la e-justicia en España y la Unión Europea» (Aranzadi, 2010); «El recurso de casación civil» (Aranzadi, 2010); y «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil» (Aranzadi, 2011).

Jordi Sellàres Serra

Nace en Barcelona en 1966. Licenciado en Derecho por la Universitat de Barcelona (UB) (1984-1989). Master en Relaciones Internacionales por la University of Cambridge.

(1990-1991). Doctor en Derecho por la UB (2002). Desde 1991, Profesor Asociado de Derecho Internacional Público en la UB y en la Licenciatura de Derecho de ESADE. Colabora en el bufete del abogado Juan Ignacio Torredemer, hoy cónsul honorario de Eslovaquia (enero 1992-julio 1993). Desde entonces trabaja en el Comité Español de la Cámara de Comercio Internacional, primero como Asesor Técnico (1993-2004), luego como Vicesecretario (2004-2009), y ahora como Director, compaginándolo con la docencia en la UB y en ESADE. Asesor jurídico del ministro de Asuntos Exteriores de Andorra en la delegación de este país en Viena ante la Organización de Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), (enero-abril 2004). Profesor visitante de la Universidad de Puerto Rico (enero-marzo 2007) y la Rafael Landívar (Guatemala, agosto 2007). Conoce los idiomas francés y alemán, además del inglés, y tiene nociones muy básicas de noruego.

Margarita Soto Moya

Licenciada en Derecho. Antes de su incorporación al despacho Garrigues, trabajó como Asociada Extranjera en el despacho escocés Dundas & Wilson, en el Departamento de M&A. En 2003 se incorpora al despacho Garrigues donde actualmente es asociada del equipo de Arbitraje Internacional del Departamento de Procesal y Arbitraje de Garrigues donde desempeña su actividad interviniendo en transacciones comerciales internacionales asesorando a los clientes en situaciones negociadoras prelitigiosas e interviniendo como *counsel* ante tribunales arbitrales nacionales e internacionales. Asimismo, ha sido designada en numerosas ocasiones para actuar como secretaria administrativa de Tribunales Arbitrales bajo los reglamentos de la CCI, la LCIA, AAA, TAS/CAS y la Corte de Arbitraje de Madrid.

Coordinadora de la sección 40 del Club Español del Arbitraje (siendo cofundadora de la misma), Miembro del *Taskforce* creado por el CEA, en relación con la revisión de las Reglas de la IBA sobre la práctica de prueba en el arbitraje comercial internacional, Miembro del *Chartered Institute of Arbitrators*, Miembro de la *London Court of International Arbitration (Young International Arbitration Group)*, Miembro del *Young Arbitrators Forum* de la Corte de Arbitraje Internacional (CCI), imparte clases de arbitraje en varios programas de formación a empresas y, anualmente, ejerce como árbitro en la competición *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot.*

Gonzalo Stampa

Socio fundador de G. Stampa, Abogados (Madrid, España), inició su experiencia profesional en el arbitraje en Cremades & Asociados (93-04), Jones Day (2004-09) y Moscardó & Stampa (2009-10). Ha participado como abogado en la defensa letrada de más de 80 asuntos contenciosos ante todas las instancias judiciales españolas, relacionados con controversias sobre los diversos aspectos de la contratación mercantil. Ha participado como abogado, árbitro y secretario de Tribunales Arbitrales en más de 90 arbitrajes nacionales e internacionales, celebrados bajo los auspicios de las principales instituciones arbitrales y relativos a protección de la inversión extranjera directa (APPRI), proyectos internacionales de construcción a largo plazo, proyectos complejos de ingeniería y construcción de plantas químicas, petroquímicas e industriales, contratos de construcción llave en mano, contratos de riesgo compartido, contratos de distribución, transferencia de tecnología, compraventa de activos societarios, compraventa internacional de mercaderías y derecho bancario.

Licenciado en Derecho (Grupo Especial), Diploma de Estudios Avanzados y Doctor en Derecho (Sobresaliente *cum laude*, por unanimidad) por la Universidad Complutense, *Master of Laws* (LL.M.) en Derecho Mercantil y Societario por la University of London (Londres, Reino Unido).

Ha sido reconocido por *Best Lawyers* 2008, 2009 y 2010; *Best Lawyers Annual Guide to Litigation and ADR* 2009; *Chambers & Partners* 2008, 2009, 2010 y 2011; *Plc Which Lawyer* 2011; *Expert Guides* 2008 y 2009.

Es Miembro de la *London Court of Internacional Arbitration; Cairo Regional Centre for International Commercial Arbitration; Association Suisse de l'Arbitrage;* CIMA Corte Civil y Mercantil de Arbitraje; Asociación Europea de Arbitraje (AEADE); Corte Española de Arbitraje; Corte de Arbitraje de Madrid; y Club Español de Arbitraje. Subdirector del Centro Internacional de Arbitraje, Mediación y Negociación (CIAMEN) del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad San Pablo CEU (Madrid), Secretario de la Revista *Arbitraje. Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, ponente y conferenciante en cuestiones arbitrales, y autor de artículos y trabajos doctrinales relacionados con el arbitraje en publicaciones jurídicas especializadas. Habla español e inglés.

Lucilla Talamazzi

Es Licenciada en Derecho por la Universidad del País Vasco de San Sebastián (2008) y Master en Abogacía Internacional cursado en el Instituto Superior de Derecho y Economía (2008-2009). Abogada asociada de la firma Cuatrecasas, Gonçalves Pereira, departamento contencioso y arbitraje internacional desde el año 2009.

Mercedes Tarrazón

FCIArb Arbitration/FCIArb Mediation/IAM Distinguished Fellow.

Fundadora de *Dispute Management, SL*, proyecto empresarial donde combina su experiencia como abogada, árbitro y mediadora empresarial para el asesoramiento en gestión y resolución de conflictos.

En el ámbito empresarial, es miembro del pleno de la Cámara de Comercio de Barcelona y mentora del proyecto gubernamental de mentoría para mujeres directivas y empresarias.

En el ámbito de resolución de conflictos, es miembro por España en la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI, vicepresidenta de la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial, miembro de la Junta Directiva del *Chartered Institute of Arbitrators,* miembro del grupo de expertos que colaboró con la Dirección General de Justicia e Interior de la Comisión Europea en la elaboración del Código Deontológico Europeo para Mediadores, socia fundadora del *Groupement Européen de Magistrats pour la Médiation,* miembro del *CPR European Advisory Committee*, Cónsul del Consulado de Mar de la Cámara de Comercio de Barcelona, miembro del Tribunal Arbitral de Barcelona, así como socia fundadora del Club Español del Arbitraje y miembro de su junta directiva.

Miguel Temboury

Miguel Temboury Redondo nació en Bruselas (Bélgica) en 1969. Es Licenciado en Ciencias Económicas y Empresariales y en Derecho.

Pertenece al Cuerpo de Abogados del Estado desde 1996. Como miembro de este Cuerpo entre 1996 y 2000 trabajó sucesivamente en el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y en el de la Comunidad de Madrid, así como en la Dirección General de Seguros. Durante un año fue abogado del Estado Jefe en la Secretaría de Estado de Economía, Energía y PYME hasta que en el 2001 fue nombrado Asesor para Consejo de Ministros dentro del Gabinete del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía. Desde el 2002 al 2004 ocupó el cargo de Director del Gabinete del Ministro de Interior.

En 2004 pasó a la excedencia integrándose como Socio en el Departamento de Derecho Administrativo y Sectores Regulados de Pérez-Llorca. Posteriormente, en 2007, fundó Temboury Abogados. En ese mismo año fue designado Presidente de la Corte de Arbitraje de Madrid.

Claudia Velasco Papineschi

Es abogada asociada del despacho Cuatrecasas Gonçalves Pereira, en el grupo de contencioso y arbitraje internacional de la oficina de Madrid. Tiene experiencia en arbitrajes domésticos e internacionales ante instituciones como la Corte de Arbitraje de Madrid (CAM), Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA), Corte Española de Arbitraje e *International Chamber of Commerce* (ICC). Es Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Autónoma de Madrid (2009).

Elisa Vicente Maravall

Licenciada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Carlos III de Madrid. Representó a la Universidad Carlos III en 2009 como miembro de su equipo en la competición *Willem C. Vis International Commercial Arbitration Moot*, en Viena, y en la competición *Willem C. Vis (East) International Commercial Arbitration Moot*, en Hong Kong, donde obtuvo una *Best Oralist Honorable Mention*. Ha sido árbitro en la Competición Internacional de Arbitraje y Derecho Mercantil (*Moot*) en Madrid en el 2010. Asimismo, en el mismo año se incorporó al equipo de Arbitraje Internacional del Departamento de Procesal y Arbitraje del despacho J&A Garrigues. Habla seis idiomas y es autora de «*Análisis comparativo de la prueba en el arbitraje internacional: ¿Disclosure o Discovery?*», en el *Anuario Euro-Peruano de Derecho del Comercio y Arbitraje* (2010).

Javier Vidal Quadras Trías de Bes

Socio fundador del despacho Amat i Vidal-Quadras, Advocats, responsable del área Civil y Procesal-Contenciosa. Licenciado en Derecho (1984) por la Universidad de Barcelona, es miembro del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona desde 1988. Antes del actual despacho ejerció la profesión en el Bufete Torralba (1981-1993), J&A Garrigues (1993-1998). Ha sido profesor asociado en la Universidad Abat Oliba,

Universidad Internacional de Cataluña y Esade-Ramon Llull. Ha colaborado en diversas publicaciones especializadas.

Isabel Viola Demestre

La profesora Isabel Viola es Licenciada y Doctora en Derecho. Es, también, Master en gestión y resolución de conflictos: mediación por la Fundación Bosch Gimpera–*Les Heures* (Universidad de Barcelona). Ha realizado tareas de investigación sobre distintos temas del área del Derecho Civil, en particular, en sede de obligaciones y contratos, destacando su labor en el tema relativo a la subrogación y modificación de préstamos hipotecarios a instancias del deudor y el contrato de transacción en el Código Civil; también se ha dedicado al estudio de instituciones del Derecho de Familia, con especial atención a las cuestiones relativas a la mediación familiar. Es coautora del capítulo jurídico del Libro Blanco de la mediación en Cataluña (2010). Ha realizado estancias de investigación en Italia (Universidad de Salerno) y en Francia (Biblioteca Nacional en París y en la Universidad de Lyon-2).

En la actualidad, la Doctora Viola es Profesora titular de Derecho Civil en la Universidad de Barcelona.

Fátima Yáñez Vivero

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil de la UNED, y acreditada como Profesora Titular, se doctoró en el año 2001 con una Tesis titulada «Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo sobre bienes ex-gananciales». Por la citada Tesis obtuvo el Premio Extraordinario de Doctorado concedido por su Universidad para las tesis leídas en los Cursos 1999-2000 y 2000-2001. Obtuvo, además, en 2002, el Accésit del «Premio Jerónimo González», concedido por el Colegio de Registradores de España a tesis relacionadas con temas registrales. Ha realizado estancias de investigación en las Universidades de Salerno (Italia), en noviembre del 2005 y noviembre del 2006; en la Universidad de Siena (septiembre del 2007); en la *Corte*

Costituzionale italiana y en la Universidad *La Sapienza,* en octubre del 2007; en la Universidad de Colonia (Alemania), en marzo del 2006; y en el *Poder Judicial* de Costa Rica en enero del 2009. En España, ha disfrutado de una beca de investigación en el *Instituto de Empresa Business School*, desde febrero del 2002 hasta marzo del 2003. Forma parte del grupo investigador de varios Proyectos de Investigación concedidos por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y por el Ministerio de Trabajo (España), así como del Grupo de Investigación Consolidado, «Protección Civil de la persona», cuyo responsable es el Prof. Lasarte Álvarez. Es autora de dos monografías y de varios artículos y capítulos de libro en revistas y editoriales de prestigio. Recientemente, en junio del 2010, ha obtenido el Premio a la mejor ponencia de la Comisión Tercera del I Congreso Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, organizado por la *Fundación Aequitas del Notariado Latino*, en Buenos Aires, del 10 al 11 de junio del 2010. Es docente de Derecho Civil, en los estudios de Licenciatura y Doctorado en Derecho y en la Diplomatura de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, desde el año 2002 hasta la actualidad.

Pedro L. Yúfera Sales

Es socio y fundador de Yúfera & Giménez Torres Abogados, con despachos en Barcelona, Tarragona, Madrid, Marbella y Alicante. Es licenciado en Ciencias Políticas y Sociología por la Universidad Complutense de Madrid (1987) y Diplomado por la Escuela Diplomática en los cursos sobre las Comunidades Europeas del Ministerio de Asuntos Exteriores.

Resultó elegido Vicedecano del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona (mandato 2005-2009) y fue vocal del Tribunal Arbitral de Barcelona desde abril del 2008 hasta abril del 2009. Actualmente, es Decano del citado Colegio y Vicepresidente del Consejo General de la Abogacía Española.

Ha ejercido la docencia como profesor de Derecho Civil en la Universidad Central de Barcelona (1982-2000). En la actualidad, y desde el año 2000, es profesor asociado de Derecho Civil de ESADE-Facultad de Derecho (Universidad Ramón Llull), y desde 1995 como profesor de la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Barcelona.

Es miembro del Consejo de Redacción de la Revista SEPIN y autor de numerosas publicaciones jurídicas y literarias.

Nicolás Zambrana-Tévar

El profesor Zambrana-Tévar es Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, Diplomado en Comercio Exterior por la Universidad de Alcalá de Henares y *Master of Laws* por la *London School of Economics and Political Science*. Ha trabajado en *Freshfields Bruckhaus Deringer* y en *Garrigues Abogados* en materia de arbitraje y litigios internacionales.

Ha sido profesor invitado y conferenciante en el Centro Universitario Villanueva (Madrid), en la *East China University of Politics and Law* (Shanghai, China) y ponente en el Congreso Internacional de Arbitraje 2007 de la Embajada de Francia en Lima, el Estudio Mario Castillo Freyre y la Pontificia Universidad Católica del Perú.

En la actualidad, el Doctor Nicolás Zambrana es Profesor Ayudante de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Navarra.

Tablas de traducción e interpretación de vocablos a cargo de:

Domitille Baizeau y Jaime Gallego (español-inglés e inglés-español)
Anne-Carole Cremades (español-francés y francés-español)

Estas tablas de traducción cumplen un doble objetivo. El primer objetivo es que el usuario encuentre la traducción al inglés y al francés del vocablo en español. A esta finalidad se ha dedicado la primera tabla con tres columnas (español - inglés - francés). No se pretende con ello dar una lista exhaustiva de traducciones, sino que se da una o dos de las traducciones más utilizadas permaneciendo éstas fieles al concepto que se ha desarrollado en el Diccionario.

El segundo objetivo consiste en permitir al usuario, que sea conocedor del vocablo en inglés o en francés, encontrarlo en español; y a su vez encontrar su desarrollo en el Diccionario. A esta finalidad se ha dedicado la segunda tabla (inglés - español) y la tercera tabla (francés - español).

No todos los vocablos listados en las tablas se han desarrollado en el Diccionario, pero se han incluido con el objetivo de encontrar un desarrollo estrechamente conexo en el Diccionario. Así, «Cláusula arbitral» no está desarrollado en el Diccionario, pero el término «Convenio arbitral» sí está desarrollado. El primero se remite al segundo de esta forma: Cláusula arbitral (ver «Convenio arbitral»).

Primera tabla:

Traducción del vocablo en español al inglés y al francés

Español	**English**	**Français**
	A	
Abstención del árbitro	To decline an appointment to act as arbitrator; To refuse an appointment to act as arbitrator	Abstention de l'arbitre; Refus de l'arbitre d'accepter sa nomination
Abuso del Derecho (en el arbitraje / Principio de que la ley no ampara el abuso del Derecho)	Abuse of right/process (in arbitration/principle that the law does not afford protection to an abuse of rights)	Abus de droit (dans l'arbitrage/principe selon lequel l'abus de droit n'est pas protégé par la loi)
Acción de nulidad	Annulment action; Setting aside application; Challenge	Recours en annulation
Acta de Misión	Terms of Reference	Acte de Mission
Actos *iure imperii* (ver «**Inmunidad del Estado**» y «***iure imperii***)	*Iure imperii*; Acts of a sovereign authority	*Iure imperii*
Actos *iure gestionis* (ver «**Inmunidad del Estado**» y «***iure gestionis***»)	*Iure gestionis*; Acts of a private law character by the State	*Iure gestionis*
Acuerdo de arbitraje	Arbitation agreement	Convention d'arbitrage
Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRI)	Bilateral Investment Treaty (BIT)	Traité Bilatéral d'Investissement (TBI ou BIT)
Acumulación de pretensiones	Joinder of claims	Jonction de procédures
Agencia Multilateral de Garantías para las Inversiones (AMGI)	Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)	Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (MIGA)
Alegaciones	Memorials; Written pleadings; Briefs	Mémoires; Ecritures
Allanamiento	Acquiescence; Submission	Acquiescement

Asociación Americana de Arbitraje (AAA)	*American Arbitration Association (AAA)*	*American Arbitration Association (AAA)*
Amicus curiae	*Amicus curiae*	*Amicus curiae*
Amigable composición (ver «**Arbitraje de equidad (también llamado arbitraje de amigable composición)**»)	Arbitration in equity; Arbitrators deciding as *amiables compositeurs*	Amiable composition
Anulación parcial del laudo	Partial annulment of the award	Annulation partielle de la sentence
Arbitrabilidad	Arbitrability	Arbitrabilité
Arbitrabilidades condicionadas	Conditional arbitrability	Arbitrabilité conditionnelle
Arbitraje	Arbitration	Arbitrage
Arbitraje *ad-hoc* (también llamado arbitraje ocasional o no administrado)	*Ad-hoc* arbitration	Arbitrage *ad-hoc*
Arbitraje administrado (ver «**Arbitraje institucional**»)	Institutional arbitration	Arbitrage institutionnel
Arbitraje aéreo	Arbitration related to aeronautical issues	Arbitrage aérien
Arbitraje ambiental	Arbitration related to environmental issues	Arbitrage environnemental
Arbitraje arrendaticio	Arbitration related to leases	Arbitrage en matières de baux
Arbitraje comercial	Commercial arbitration	Arbitrage commercial
Arbitraje comercial internacional	International commercial arbitration	Arbitrage commercial international
Arbitraje concursal internacional	Arbitration related to international bankruptcy/insolvency	Arbitrage et faillites internationales
Arbitraje concursal interno (ver **Arbitraje y concurso interno**)	Arbitration related to bankruptcy/insolvency	Arbitrage et faillites
Arbitraje consular	Consular arbitration	Arbitrage consulaire
Arbitraje corporativo (ver «**Arbitraje institucional**»)	Institutional arbitration	Arbitrage institutionnel

Arbitraje de amigable composición (ver «**Arbitraje de equidad**»)	Arbitration in equity; Arbitrators deciding as *amiables compositeurs*	Arbitrage en amiable composition
Arbitraje de consumidores y usuarios	Consumer arbitration	Arbitrage de consommation
Arbitraje de consumo colectivo	Consumer class action arbitration	Arbitrage de consommation collectif (*class action*)
Arbitraje de consumo electrónico	Electronic consumer arbitraton	Arbitrage de consommation électronique
Arbitraje de contratos financieros con consumidores	Consumer arbitration in relation to financial contracts	Arbitrage en matière financière avec des consommateurs
Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados (ver también «**Arbitraje financiero**»)	Securities arbitration	Arbitrage relatif à des contrats financiers conclus sur les marchés organisés
Arbitraje de Derecho	Arbitration in law	Arbitrage en droit
Arbitraje de equidad	Arbitration in equity	Arbitrage en équité
Arbitraje de inversiones	Investment arbitration	Arbitrage d'investissement
Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa	Arbitration related to deceptive/false advertising involving self-regulated entities	Arbitrage d'organismes autonomes sur la publicité trompeuse
Arbitraje del Estado (arbitraje en la contratación pública)	Arbitration involving a state party (arbitration in public contracting)	Arbitrage impliquant un Etat (arbitrage et contrats publics)
Arbitraje deportivo	Sport arbitration	Arbitrage sportif
Arbitraje deslocalizado (ver también «**Deslocalización del arbitraje internacional**»)	Delocalised arbitration	Arbitrage délocalisé
Arbitraje electrónico (ver «**Arbitraje *online***»)	Online arbitration	Arbitrage en ligne; Arbitrage électronique; Arbitrage *online*
Arbitraje en el ámbito de las telecomunicaciones	Arbitration related to the telecommunications sector	Arbitrage et télécommunications

Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba)	Arbitration at the Buenos Aires Futures and Options Exchange	Arbitrage sur le Marché à Terme de Buenos Aires
Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros	Arbitration related to distance marketing of consumer financial services	Arbitrage relatif à la commercialisation à distance de services financiers
Arbitraje en la contratación pública (ver «**Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)**»)	Arbitration relating to public contracts	Arbitrage et contrats publics
Arbitraje en la Organización Mundial del Comercio (ver «**Organización Mundial del Comercio (arbitraje en la)**»)	Arbitration in the World Trade Organization	Arbitrage dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce
Arbitraje financiero (ver también «**Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados**»)	Arbitration related to financial matters and/or Securities arbitration	Arbitrage en matière financière
Arbitraje financiero rabínico	Rabbinical courts for financial disputes	Arbitrage rabinique en matière financière
Arbitraje inmobiliario	Real-estate arbitration; Property-related arbitration	Arbitrage immobilier
Arbitraje institucional	Institutional arbitration	Arbitrage institutionnel
Arbitraje interestatal	Inter-state arbitration	Arbitrage interétatique
Arbitraje internacional	International arbitration	Arbitrage international
Arbitraje *irrituale* (*arbitrato irrituale*)	*Irrituale* arbitration (Italian)	Arbitrage *irrituale*
Arbitraje laboral	Employment arbitration	Arbitrage en droit du travail
Arbitraje marítimo internacional	Maritime arbitration (international)	Arbitrage maritime international
Arbitraje mixto	Mixed arbitration	Arbitrage mixte (entre un Etat et une personne privée)

Arbitraje multiparte y multicontrato (ver «**Extensión a terceros de la cláusula arbitral**»)	Multiparty and multicontract arbitration	Arbitrage multipartite et multi-contrats
Arbitraje nacional (arbitraje interno/doméstico)	Domestic arbitration	Arbitrage interne; Arbitrage domestique
Arbitraje no administrado (ver «**Arbitraje *ad-hoc***»)	*Ad-hoc* arbitration	Arbitrage *ad-hoc*
Arbitraje ocasional (ver «**Arbitraje *ad-hoc***»)	*Ad-hoc* arbitration	Arbitrage *ad-hoc*
Arbitraje *online*	Online arbitration	Arbitrage en ligne; Arbitrage électronique; Arbitrage *online*
Arbitraje sindical	Arbitration concerning trade unions	Arbitrage syndical
Arbitraje societario	Arbitration of shareholders disputes	Arbitrage sociétaire
Arbitraje telemático (ver «**Arbitraje *online***»)	Online arbitration	Arbitrage en ligne; Arbitrage électronique; Arbitrage *online*
Arbitraje testamentario	Arbitration related to testamentary issues	Arbitrage testamentaire
Arbitraje tributario	Arbitration related to tax issues	Arbitrage en matière fiscale
Arbitraje unilateral (en el marco de las inversiones extranjeras)	Unilateral arbitration (in the foreign investment context)	Arbitrage unilatéral (en matière d'investissements étrangers)
Arbitraje y concurso interno	Arbitration related to bankruptcy/insolvency	Arbitrage et faillites
Arbitrium boni viri	*Arbitrium boni viri*	*Arbitrium boni viri*
Árbitro	Arbitrator	Arbitre
Armonización arbitral	Harmonization of arbitration legislation	Harmonisation des législations arbitrales
Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de)	Peaceful settlement of disputes (principle of)	Règlement pacifique des différends internationaux (principe de)

Asistencia judicial (en el ámbito arbitral)	Judicial assistance (in the arbitral context)	Assistance judiciaire (en matière d'arbitrage) (juge d'appui)
Asociación Europea de Arbitraje (AEADE)	European Association of Arbitration	Association Européenne d'Arbitrage
Asociación Suiza de Arbitraje	Swiss Arbitration Association	Association Suisse de l'Arbitrage
Atribución imperativa de jurisdicción (estatal)	Exclusive jurisdiction of state courts	Compétence impérative des juridictions étatiques
Audiencias	Hearings	Audiences
Autonomía de la cláusula arbitral ver también «**Separabilidad del convenio arbitral**»)	Separability of the arbitration clause	Autonomie de la clause compromissoire
Autorregulación	Self-regulation	Autorégulation
Auxilio judicial (ver «**Asistencia judicial**»)	Judicial assistance	Assistance judiciaire (juge d'appui)
Ayuda logística (por las Cámaras de Comercio)	Logistical support (by the Chambers of Commerce)	Aide logistique (par les Chambres de commerce)
	B	
Banco Mundial (ver «**Directivas del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa**»)	World Bank	Banque Mondiale
Buena fe (en el Arbitraje)	Good faith (in arbitration proceedings)	Bonne foi (dans la procédure arbitrale)
	C	
Caducidad de la acción de anulación del laudo arbitral	Expiry of limitation period to challenge the arbitral award	Prescription de l'action en annulation contre la sentence arbitrale

Caducidad de la acción ejecutiva del laudo arbitral	Expiry of limitation period for the enforcement of the arbitral award	Prescription de l'action en exécution de la sentence arbitrale
Cámara de Comercio Internacional (CCI)	International Chamber of Commerce (ICC)	Chambre de Commerce Internationale (CCI)
Careo de Peritos (o de testigos)	Expert conferencing or witness conferencing	Confrontation d'experts (ou de témoins)
Careo de testigos (ver «**Careo de Peritos (o de testigos)**»)	Witness conferencing	Confrontation de témoins
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)	International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)	Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)
Cláusula arbitral (ver «**Convenio arbitral**»)	Arbitration clause	Clause arbitrale; Clause d'arbitrage; Clause compromissoire
Cláusula arbitral abusiva	Abusive-arbitration clause	Clause compromissoire abusive
Cláusula arbitral adhesiva	Standard form/adhesion arbitration	Clause compromissoire d'adhésion
Cláusula de fuerza mayor	Force-majeure clause	Clause de force majeure
Cláusula de la nación más favorecida (NMF)	Most-favoured nation clause (MFN)	Clause de la nation la plus favorisée
Cláusula de opción irrevocable	Fork-in-the road clause	Clause d'option irrévocable
Clausula mariposa	Butterfly clause	Clause papillon
Cláusula *multi-tier* o cláusulas escalonadas	Multi-tier or escalation clauses (also med-arb clauses)	Clauses *multi-tier*
Cláusula paraguas	Umbrella clause	Clause parapluie (*umbrella clause)*
Cláusulas (arbitrales) patológicas	Pathological-arbitration clauses	Convention d'arbitrage pathologique
Códigos de ética arbitral	Code of ethics on arbitration	Code d'éthique
Colegio arbitral (tribunal arbitral)	Arbitration Bar Association (Arbitral tribunal)	Tribunal arbitral

Comercialización a distancia de servicios financieros (ver «**Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros**»)	Distance marketing of consumer financial services	Commercialisation à distance de services financiers
Comienzo del arbitraje	Commencement of the arbitration	Commencement de l'arbitrage
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL)	United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL)	Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)
Compensación	Set-off of claims	Compensation
Competencia sobre la competencia (Principio de *kompetenz-kompetenz*)	Competence-competence	Compétence-compétence
Comunicaciones *Ex Parte*	*Ex parte* communications	Communication *ex parte*
Conciliación	Concilitation	Concilitation
Concurso (ver «**Arbitraje concursal interno**»; «**Arbitraje concursal internacional**»; «**Reglamento del Consejo n.º 1346/2000**»)	Bankruptcy; Insolvency	Faillites
Conferencia preliminar	Preliminary conference	Conférence préliminaire
Confidencialidad	Confidentiality	Confidentialité
Conflicto de leyes	Conflict of laws	Conflit de lois
Consejo Superior de Cámaras de Comercio	High Council of the Chambers of Commerce	Conseil Supérieur des Chambres de Commerce
***Consolat de Mar* (Consulado de Mar de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona)**	Conflict Resolution Centre of the Barcelona Official Chamber of Commerce, Industry and Navigation	Centre de résolution des différends de la Chambre Officielle de Commerce, de l'Industrie et de la Navigation de Barcelone

Consumidores (ver «**Arbitraje de consumidores y usuarios**»; «**Arbitraje de consumo colectivo**»; «**Arbitraje de consumo electrónico**»; «**Arbitraje de contratos financieros con consumidores**»)	Consumers	Consommateurs
Constitucionalidad del arbitraje	Constitutionality of arbitration	Constitutionnalité de l'arbitrage
Contestación	Rebuttal	Mémoire en réponse
Contestación de la demanda	Answer to the Request for Arbitration; Statement of Defence	Réponse à la requête d'arbitrage; Mémoire en réponse
Contradicción (ver «**Defensa y contradicción**»)	Right to be heard	Droit d'être entendu
Contratos públicos (noción en el derecho interno) (ver también «**Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)**»)	Public contracts (concept in domestic law)	Contrats publics (ou contrats d'Etat) (notion en droit interne)
Control del laudo en el arbitraje de inversiones	Annulment of the award in investment arbitration	Contrôle de la sentence en arbitrage d'investissement
Control judicial (del arbitraje)	Judicial control (of the arbitration)	Contrôle judiciaire (de l'arbitrage)
Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)	Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Panama Convention)	Convention Interaméricaine sur l'Arbitrage Commercial International (Convention de Panama)
Convenio arbitral	Arbitration agreement	Convention d'arbitrage
Convenio arbitral en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)	Arbitration Agreement in the Framework Financial Transactions Contract	Convention d'arbitrage dans le Contrat Cadre d'Opérations Financières

Convenio de doble imposición	Double-taxation treaty	Convention de double imposition; Traité de double imposition
Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)	New York Convention of 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)	Convention de New York de 1958 (Convention sur la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences Arbitrales Etrangères)
Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio CIADI)	Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States of 1965 (ICSID Convention)	Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats de 1965 (Convention CIRDI)
Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961 (Convenio de Ginebra)	European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 1961 (Geneva Convention)	Convention Européenne sur l'Arbitrage Commercial International signée à Genève en 1961 (Convention de Genève)
Corrección, aclaración y complemento del laudo	Correction, clarification and additions to the award	Correction, interprétation et complément de la sentence
Corte de Arbitraje (ver «**Arbitraje institucional**»)	Arbitration Court	Cour d'Arbitrage
Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia	Court of Arbitration of the Chamber of Commerce, Industry and Navigation of Valencia	Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Navigation de Valencia
Corte de Arbitraje de Madrid	Madrid Arbitration Court	Cour d'Arbitrage de Madrid
Corte de Arbitraje del Deporte (CAD/TAS/CAS) de Lausana (ver también «**Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD)**»)	Court of Arbitration for Sport (CAS)	Tribunal Arbitral du Sport (TAS)

Corte Española de Arbitraje	Spanish Court of Arbitration	Cour Espagnole d'Arbitrage
Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional	International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale
Corte Permanente de Arbitraje	Permanent Court of Arbitration	Cour Permanente d'Arbitrage
Cosa juzgada	*Res judicata* (effect)	(Autorité de la) chose jugée
Cosa juzgada del laudo arbitral	*Res judicata* (effect) of the arbitral award	(Autorité de la) chose jugée de la sentence arbitrale
Costas del procedimiento arbitral	Costs of the arbitral proceedings	Coûts de la procédure arbitrale
Costumbre internacional	International custom	Coutume internationale
Cultura arbitral	Arbitration culture	Culture arbitrale
D		
Deber de declaración (de los árbitros)	Duty of disclosure (of the arbitrators)	Devoir de révélation des arbitres
Debido proceso (ver «**Orden público**»)	Due process	Droit à un procès juste et équitable
Declaración de testigo	Witness testimony	Témoignages; Audition de témoins
Declaraciones escritas	Written statements	Déclarations écrites
Declinatoria arbitral	Challenge to the arbitral tribunal's jurisdiction before the arbitral tribunal	Contestation de la compétence du tribunal arbitral; Déclinatoire de compétence arbitrale
Declinatoria de jurisdicción	Challenge to the court's jurisdiction	Contestation de la compétence du tribunal étatique; Déclinatoire de compétence étatique
Defensa y contradicción	Right to be heard in adversarial proceedings	Principe du contradictoire
Deliberaciones (del tribunal arbitral)	Deliberations (of the arbitral tribunal)	Délibérations (du tribunal arbitral)

Demanda arbitral	Request for Arbitration; Statement of Claim	Demande d'arbitrage; Mémoire en Demande
Dépeçage	*Dépeçage*	Dépeçage
Derecho anglosajón	Common law jurisdiction (the law of a)	Droit anglo-saxon
Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional	Substantive law in international commercial arbitration	Droit applicable au fond du litige en arbitrage commercial international
Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones	Substantive law in investment arbitration	Droit applicable au fond du litige en arbitrage d'investissement
Derecho continental/ Derecho de tradición jurídica romano-germánica	Civil law jurisdiction (the law of a)	Droit continental; Droit de tradition romano-germanique; Droit civil
Derechos humanos fundamentales (en el arbitraje)	Fundamental human rights (in arbitration)	Droits de l'homme fondamentaux (dans l'arbitrage)
Designación de los árbitros (ver también «**Nombramiento de los árbitros**»)	Appointment of the arbitrators	Désignation des arbitres; Nomination des arbitres
Desistimiento del proceso arbitral	Withdrawal from the arbitration procedure	Désistement de la procédure arbitrale
Deslocalización del arbitraje internacional (ver también «**Arbitraje deslocalizado**»)	Delocalisation of international arbitration	Délocalisation de l'arbitrage international
Directivas del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa	World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment	Principes directeurs de la Banque Mondiale relatifs au traitement de l'investissement étranger direct
***Discovery* arbitral**	Document production or disclosure in arbitration	Production de documents dans l'arbitrage
***Discovery* arbitral de documentos electrónicos**	Electronic document production or disclosure in arbitration; E-disclosure in arbitration	Production de documents électroniques dans l'arbitrage

Disponibilidad (para ser árbitro)	Availability to act as an arbitrator	Disponibilité pour agir en tant qu'arbitre
Disponibilidad del objeto	Subject-matter that may be disposed of	Disponibilité de l'objet du litige (droits disponibles)
Dispute Boards	Dispute Boards	Panel de règlement des différends; Comité de règlement des différends
Dualismo (ver «**Sistema monista *versus* sistema dualista**»)	Dual system (for domestic and international arbitration)	Dualisme
Dúplica	Rejoinder	Duplique
	E	
Efecto útil de los tratados	*Effet utile* of treaties	Effet utile d'un traité
Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral	*Res judicata* effect of the arbitral award	Autorité de chose jugée de la sentence arbitrale
Eficacia ejecutiva del laudo arbitral	Enforceability of the arbitral award	Caractère exécutoire de la sentence arbitrale
Ejecución de laudo	Enforcement of the arbitral award	Exécution de la sentence arbitrale
Ejecución de laudo nulo	Enforcement of an annulled arbitral award/of an award set aside	Exécution d'une sentence annulée
Emplazamiento	Notice (of commencement of arbitration proceedings)	Notification (d'une demande d'arbitrage)
Estándar mínimo de trato a los extranjeros (ver «**Trato justo y equitativo**»)	Minimum standard under international law	Standard minimum de traitement des étrangers
Ética arbitral (ver «**Códigos de ética arbitral**»)	Ethics and arbitration	Ethique dans l'arbitrage
Examen de testigos	Witness examination	Interrogatoire de témoins
Excepciones preliminares	Preliminary objections	Exceptions préliminaires
Exequatur	*Exequatur*	*Exequatur*
Exhibición de hechos	Discovery	*Discovery*

Expropiación forzosa (ver también «**Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones**»)	Expropriation	Expropriation
Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral	Binding non-signatories to the arbitration agreement	Extension de la clause compromissoire à des tiers non-signataires
F		
Falta de recursos económicos	Impecuniousity	Impecuniosité
Favor arbitris	*Favor arbitris* (the principle of)	*Favor arbitris*
Fiscalidad (ver «**Arbitraje tributario**»)	Tax	Fiscalité
Fuentes del Derecho Arbitral	Sources of arbitration law	Sources du droit de l'arbitrage
Fuerza mayor (ver «**Cláusula de fuerza mayor**»)	*Force majeure*	Force majeure
G		
Globalización	Globalization	Mondialisation
H		
Heterocomposición	Contentious proceedings	Règlement d'un différend par un tiers
I		
Idioma del procedimiento	Language of the proceedings	Langue de procédure
Igualdad de las partes	Equality of the parties	Egalité des parties

Imparcialidad del árbitro	Impartiality of the arbitrator	Impartialité de l'arbitre
Impugnación del laudo arbitral	Challenge of the arbitral award	Recours contre la sentence arbitrale
Inactividad de las partes	Defaulting parties; Non-participation of the parties	Défaut d'une partie; Passivité des parties
Inarbitrabilidad de la controversia (ver «**Arbitrabilidad**»)	Inarbitrability of the dispute	Inarbitrabilité du litige
Incongruencia del laudo	Excess of powers; Failure to deal with all the issues referred to the tribunal for determination	*Ultra petita / infra petita;*Excès de pouvoir de l'arbitre; Incohérence de la sentence par rapport aux demandes des parties
Indagación razonable	Reasonable inquiry	Investigation raisonnable
Indefensión	Breach of the right to be heard	Violation du droit d'être entendu
Independencia del árbitro	Independence of the arbitrator	Indépendance de l'arbitre
Ineficacia del convenio arbitral	Unenforceability of the arbitration agreement; invalidity of the arbitration agreement	Inefficacité de la convention d'arbitrage
Inejecutabilidad del laudo (ver «**Ejecución del laudo**»)	Unenforceability of the arbitral award	Caractère non exécutoire de la sentence
Informe *Kees van Raad*	Kees Van Raad Report	Rapport Kees Van Raad
Informe *Lindencrona* y *Mattsson*	Lindencrona and Mattsson Report	Rapport Lindencrona et Mattsson
Inicio del arbitraje (ver «**Comienzo del Arbitraje**»)	Commencement of the arbitration	Commencement de l'arbitrage
Inmunidad del Estado	Immunity of the State	Immunité de l'Etat
Interrogatorio de testigos (ver «**Examen de testigos**»)	Witness examination	Interrogatoire de témoins
Iure gestionis	*Iure gestionis*; Acts of a private law character by the State	*Iure gestionis*

Iure imperii (ver «**Actos *iure imperii***»)	*Iure imperii*; Acts of a sovereign authority	*Iure imperii*
Ius variandi	*Ius variandi*	*Ius variandi*
	J	
Juntas Arbitrales de Consumo	Consumer arbitration boards	Commission d'arbitrage de consommation
Jurisdicción y competencia arbitral (ver también «**Laudo inhibitorio**» «**Declinatoria arbitral**»; **Declinatoria de jurisdicción**»)	Jurisdiction and competence of the arbitral tribunal	Juridiction et compétence du tribunal arbitral
Jurisprudencia arbitral	Arbitral precedent	Jurisprudence arbitrale
Justiprecio (en el marco del arbitraje de inversiones)	Compensation (in investment arbitration)	Indemnisation (dans le cadre de l'arbitrage d'investissement)
	K	
Kompetenz-kompetenz (Principio de) (Ver «**Competencia sobre la competencia (Principio de *kompetenz-kompetenz*)**»)	Competence-competence	Compétence-compétence
	L	
Latinoamérica (como sede arbitral)	Latin America (as the seat of the arbitration)	Amérique Latine (comme siège d'arbitrage)
Laudo	Award	Sentence
Laudo conciliatorio	Consent award	Sentence d'accord parties
Laudo inhibitorio	Award declining jurisdiction	Sentence d'incompétence
Laudo parcial	Partial award	Sentence partielle

Laudos arbitrales en el MERCOSUR	Arbitral award rendered under the rules of the Southern Common Market (MERCOSUR)	Sentence arbitrale dans le cadre du MERCOSUR
Lex Mercatoria	*Lex Mercatoria*	*Lex Mercatoria*
Ley aplicable al arbitraje (ley aplicable en el procedimiento arbitral)	Law applicable to the arbitration (law applicable to the arbitral procedure)	Loi applicable à l'arbitrage (loi applicable à la procédure arbitrale)
Ley aplicable al convenio arbitral (ver «**Autonomía de la cláusula arbitral**»)	Law applicable to the arbitration agreement	Loi applicable à la convention d'arbitrage
Ley más favorable en la ejecución de laudo (ver «**Ejecución de laudo**»)	Most favourable law for the enforcement of the award	Loi la plus favorable à l'exécution de la sentence
Ley Modelo CNUDMI (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional	UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration	Loi type de la CNUDCI (UNCITRAL) sur l'arbitrage commercial international
Leyes de policía	Mandatory law/rules	Lois de police
Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil	Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law	Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits
Lista de árbitros	Arbitrators list	Liste d'arbitres
Litigios societarios (ver también «**Arbitraje societario**»)	Shareholder disputes	Litiges sociétaires (litiges entre associés)
Litisconsorcio	Multiple parties	Pluralité des parties
Litisdependencia arbitral	Arbitral lis pendens	Litispendance arbitrale
London Court of International Arbitration (LCIA)	London Court of International Arbitration (LCIA)	London Court of International Arbitration (LCIA)
Lugar del arbitraje (ver «**Sede de arbitraje**»)	Place of the arbitration	Lieu de l'arbitrage

M		
Mala fe (ver «**Buena fe**»)	Bad faith	Mauvaise foi
Mediación	Mediation	Médiation
Medida antiproceso	Anti-suit injunction	*Anti-suit injunction*
Medidas cautelares/ preliminares	Conservatory/preliminary measures; Interim measures	Mesures conservatoires / provisoires
Medidas compensatorias en el MERCOSUR	Compensatory measures in the context of the Southern Common Market (MERCOSUR)	Mesures compensatoires dans le MERCOSUR
Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones	Measures equivalent to expropriation in investment arbitration	Mesures équivalentes à une expropriation en arbitrage d'investissement
Mercado de Término de Buenos Aires (ver «**Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba)**»)	Buenos Aires Futures and Options Exchange	Marché à Terme de Buenos Aires
MERCOSUR (ver «**Tribunales arbitrales *ad-hoc* en el MERCOSUR**»; «**Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR**»; «**Laudos arbitrales en el MERCOSUR**»; «**Medidas compensatorias en el MERCOSUR**»)	MERCOSUR	MERCOSUR
Mini Trial	Mini Trial	*Mini Trial*
Modelo de Moynier	Moynier's model	Modèle de Moynier
Modelo IISD	IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development	Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)
Monismo (ver «**Sistema monista *versus* sistema dualista**»)	Single system (for domestic and international arbitration)	Monismo

	N	
Nacionalidad	Nationality	Nationalité
Nacionalización	Nationalisation	Nationalisation
Neutralidad del árbitro	Neutrality of the arbitrator	Neutralité de l'arbitre
Nombramiento de los árbitros (ver «**Designación de los árbitros**»)	Nomination of the arbitrators; appointment of the arbitrators	Nomination des arbitres
	O	
Objeto del procedimiento arbitral	Subject matter of the arbitral procedure	Objet de la procédure arbitrale
Oferta del consentimiento estatal al arbitraje	Offer to arbitrate by a State	Offre d'arbitrer de l'Etat
Opción irrevocable (ver «**Cláusula de opción irrevocable**»)	Fork-in-the road clause	Option irrévocable
Orden procesal	Procedural order	Ordonnance de procédure
Orden público	Public policy	Ordre public
Órdenes preliminares	Preliminary directions	Ordonnance préliminaire
Organización Mundial de Comercio (Arbitraje en la)	World Trade Organization (arbitration in the)	Organisation Mondiale du Commerce (arbitrage dans le cadre de l')
	P	
***Pacta sunt servanda* (principio de)**	*Pacta sunt servanda*	*Pacta sunt servanda*
Pequeño juicio	Mini Trial	*Mini Trial*
Perito	Expert	Expert
Plazo	Deadline	Délai
Prejudicialidad	Preliminary question	Question préliminaire

Principios de Derecho Internacional	Principles of International Law	Principes de droit international
Principios Generales del Derecho	General Principles of Law	Principes généraux du droit
Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (ver «***Lex Mercatoria***»)	UNIDROIT Principles	Principes UNIDROIT
Procedimiento arbitral (normas sobre)	Arbitral procedure (rules of)	Procédure arbitrale (règles de)
Protección diplomática	Diplomatic protection	Protection diplomatique
Protocolización del laudo arbitral	Notarisation (authentication) of the arbitral award	Authentification par notaire de la sentence arbitrale; dépôt de la sentence arbitrale au rang des minutes d'un notaire
Provisión de fondos	Advance on costs	Provision pour frais
Prueba	Evidence	Preuve
Q		
Quiebra (Efectos de la quiebra sobre el convenio arbitral) (ver «**Arbitraje concursal interno**»; «**Arbitraje concursal internacional**»; «**Reglamento del Consejo n.º 1346/2000**»)	Bankruptcy/insolvency (effect of bankruptcy or insolvency on the arbitration agreement)	Faillite (effets de la faillite sur la convention d'arbitrage)
R		
Rabínico (ver «**Arbitraje financiero rabínico**»)	Rabbinical	Rabinique
Rebeldía	Defaulting respondent	Défaut du défendeur

Rebeldía por conveniencia	Default for reasons of convenience	Défaut délibéré du défendeur
***Rebus sic Stantibus* (cláusula o principio de)**	*Rebus sic Stantibus*; Hardship (clause or principle)	*Rebus sic stantibus* (clause ou principe de)
Reclamaciones de naturaleza contractual	Contract claims	Demandes fondées sur le contrat
Reclamaciones de naturaleza contractual y reclamaciones conforme al tratado	Contract Claims vs. Treaty Claims	Demandes fondées sur le contrat et demande fondée sur le traité
Reconocimiento de laudo extranjero (ver «***Exequátur***»)	Recognition of a foreign award	Reconnaissance d'une sentence étrangère
Reconvención	Counterclaim	Demande reconventionnelle
Recursos internos (agotamiento de)	Local remedies (exhaustion of)	Recours internes (épuisement des voies de)
Recusación del árbitro	Challenge of the arbitrator	Récusation de l'arbitre
Reenvío	*Renvoi*	Renvoi
Reglamento arbitral (Reglamento de arbitraje)	Arbitration Rules	Règlement d'arbitrage
Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia	Council Regulation (EC) n.º 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings	Règlement (CE) n.° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité
Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil	Council Regulation (EC) n.º 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters	Règlement (CE) n.° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétance judiciare, la réconnaissance et l'éxécution des décisions en matière civile et commerciale
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI	UNCITRAL Arbitration Rules	Règlement d'arbitrage de la CNUDCI

Reglamento y reglas del CIADI	ICSID Regulation and Rules	Règlements du CIRDI
Reglas de Rotterdam	Rotterdam rules	Règles de Rotterdam
Renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral	Waiver of right to challenge the award	Renonciation au droit d'exercer un recours en annulation contre la sentence
Réplica	Reply	Réplique
Requerimientos de aportación de pruebas	Request for production of documents	Demande de production de documents
Reservas a los tratados internacionales	Reservations in international treaties	Réserves aux traités internationaux
Resolución alternativa de controversias	Alternative Dispute Resolution (ADR)	Mode alternatif de résolution des litiges
Resolución procesal (ver «**Orden procesal**»)	Procedural order	Ordonnance de procédure
Responsabilidad de la institución arbitral	Liability of the arbitral institution	Responsabilité de l'institution arbitrale
Responsabilidad de los árbitros	Liability of the arbitrators	Responsabilité des arbitres
Revisión del laudo	Revision (review) of the award	Révision de la sentence
S		
Sede del arbitraje	Seat of the arbitration	Siège de l'arbitrage
Sentencia arbitral (ver «**Laudo**»)	Arbitral award	Sentence arbitrale
Separabilidad del convenio arbitral	Separability or severability of the arbitration agreement	Séparabilité de la convention d'arbitrage
Sistema monista *versus* sistema dualista	Single vs. dual system (for domestic and international arbitration)	Système moniste *versus* système dualiste
Sistema SOLVIT	SOLVIT System	Système SOLVIT
Sumisión al arbitraje (expresa y tácita)	Agreement to arbitrate (express and implied)	Consentement à l'arbitrage (exprès ou tacite)

T		
TBI Modelo de la EE.UU. (Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de Estados Unidos)	United States Model BIT	TBI modèle des Etats-Unis; BIT modèle des Etats-Unis
Telecomunicaciones (ver «**Arbitraje en el ámbito de las telecomunicaciones**»)	Telecommunications	Télécommunications
Tercero interviniente	Third party to the arbitral procedure and/or to the arbitration agreement	Tiers intervenant
Terceros no firmantes de la cláusula arbitral (ver «**Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral**»)	Non-signatories of the arbitration agreement	Tiers non-signataires de la clause compromissoire
Terminación convencional de los procedimientos administrativos	Settlement agreement in administrative proceedings	Transaction mettant fin à une procédure administrative
***Test* de Salini**	*Salini* Test	Test *Salini*
Testigo (ver también «**Declaración de testigo**» y «**Declaraciones escritas**»)	Witness	Témoin
Testigo de hechos (ver también «**Declaración de testigo**» y «**Declaraciones escritas**»)	Witness of fact	Témoin de faits
Traducción jurada (traducción oficial)	Sworn translation (official translation)	Traduction jurée
Tratado de la Carta de la Energía	Energy Charter Treaty	Traité sur la Charte de l'Energie
Tratados de Libre Comercio (el arbitraje en)	Free Trade Agreement (arbitration in the context of)	Traités de libre-échange (l'arbitrage et les)

Trato Justo y Equitativo	Fair and Equitable Treatment	Traitement Juste et Équitable
Tribunal Arbitral (ver «**Colegio Arbitral**»)	Arbitral Tribunal	Tribunal Arbitral
Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB)	Arbitral Tribunal of Barcelona	Tribunal Arbitral de Barcelone
Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD) (ver también «**Corte de Arbitraje del Deporte**»)	Court of Arbitration for Sport (CAS)	Tribunal Arbitral du Sport (TAS)
Tribunal de Reclamos Irán-EE.UU.	Iran-US Claims Tribunal	Tribunal des réclamations Iran/Etats-Unis
Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR	Tribunal of Permanent Review of the Southern Common Market (MERCOSUR)	Tribunal Permanent de Révision du MERCOSUR
Tribunal Superior de Justicia (en España)	Superior Court of Justice of the Autonomous Community (in Spain)	Tribunal Supérieur de Justice (en Espagne)
Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR	Ad-hoc Tribunals of the Southern Common Market (MERCOSUR)	Tribunaux arbitraux *ad-hoc* dans le MERCOSUR
U		
Usos y costumbres mercantiles	Commercial custom and usage	Us et coutumes en matière commerciale
V		
Verificación sobre un conflicto de intereses	Check for conflict of interests; Conflict check	Contrôle d'absence de conflit d'intérêts; *Conflict check*
Vistas (ver «**Audiencias**»)	Hearings	Audiences

Segunda tabla:

Traducción del vocablo en inglés al español

English	**Español**
A	
Abuse of right/process (in arbitration/ principle that the law does not afford protection to an abuse of rights)	**Abuso del derecho (en el arbitraje/ Principio de que la ley no ampara el abuso del derecho)**
Abusive arbitration clause	**Cláusula arbitral abusiva**
Acquiescence; submission	**Allanamiento**
Acts of a private law character by the State	***Iure gestionis***
Acts of a sovereign authority	*Iure imperii* (ver «***Iure gestionis***»)
Ad-hoc arbitration	**Arbitraje *ad-hoc* (también llamado arbitraje ocasional o no administrado)**
Ad-hoc Tribunals of the Southern Common Market (MERCOSUR)	**Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR**
Adhesion/standard form arbitration clause	**Cláusula arbitral adhesiva**
Advance on costs	**Provisión de fondos**
Advertising (False/deceptive)	Publicidad engañosa (ver «**Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa**»)
Aeronautical issues (arbitration related to)	**Arbitraje aéreo**
Agreement to arbitrate (express and implied)	**Sumisión al arbitraje (expresa y tácita)**
Alternative Dispute Resolution (ADR)	**Resolución Alternativa de Controversias (RAC)**
Amiables compositeurs (arbitrators deciding as)	**Arbitraje de equidad (también llamado arbitraje de amigable composición)**
American Arbitration Association (AAA)	***American Arbitration Association (AAA)***
Amicus curiae	***Amicus curiae***
Annulment action	**Acción de nulidad**
Annulment of the award in investment arbitration	**Control del laudo en el arbitraje de inversiones**
Answer to the Request for Arbitration	**Contestación de la demanda**

Anti-suit injunction	**Medida antiproceso**
Appointment of the arbitrators	**Designación de los árbitros** (ver también «**Nombramiento de los árbitros**»)
Arbitation agreement	**Acuerdo de arbitraje**
Arbitrability	**Arbitrabilidad**
Arbitral award	Sentencia arbitral (ver «**Laudo**»)
Arbitral award rendered under the rules of the Southern Common Market (MERCOSUR)	**Laudos arbitrales en el MERCOSUR**
Arbitral *lis pendens*	**Litisdependencia arbitral**
Arbitral precedent	**Jurisprudencia arbitral**
Arbitral procedure (rules of)	**Procedimiento arbitral (normas sobre)**
Arbitral tribunal (Arbitral Association Bar)	**Colegio arbitral (tribunal arbitral)**
Arbitral Tribunal of Barcelona	**Tribunal Arbitral de Barcelona/TAB**
Arbitration	**Arbitraje**
Arbitration agreement	**Convenio arbitral**
Arbitration Agreement in the Framework Financial Transactions Contract	**Convenio arbitral en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)**
Arbitration at the Buenos Aires Futures and Options Exchange	**Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba)**
Arbitration clause	Cláusula arbitral (ver «**Convenio arbitral**»)
Arbitration concerning trade unions	**Arbitraje sindical**
Arbitration Court	Corte de Arbitraje (ver «**Arbitraje institucional**»)
Arbitration culture	**Cultura arbitral**
Arbitration in equity	**Arbitraje de equidad (también llamado arbitraje de amigable composición)**
Arbitration in law	**Arbitraje de Derecho**
Arbitration relating to public contracts	Arbitraje en la contratación pública (ver «**Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)**»)
Arbitration involving a State party (arbitration relating to public contracts)	**Arbitraje del Estado (arbitraje en la contratación pública)**
Arbitration of shareholders disputes	**Arbitraje societario** (ver también «**Litigios societarios**»)
Arbitration related to aeronautical issues	**Arbitraje aéreo**

Arbitration related to bankruptcy/insolvency	**Arbitraje concursal interno**
Arbitration related to deceptive/false advertising involving self-regulated entities	**Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa**
Arbitration related to distance marketing of consumer financial services	**Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros**
Arbitration related to environmental issues	**Arbitraje ambiental**
Arbitration related to financial matters	**Arbitraje financiero**
Arbitration related to international bankruptcy/insolvency	**Arbitraje concursal internacional**
Arbitration related to leases	**Arbitraje arrendaticio**
Arbitration related to tax issues	**Arbitraje tributario**
Arbitration related to testamentary issues	**Arbitraje testamentario**
Arbitration related to the telecommunications sector	**Arbitraje en el ámbito de las telecomunicaciones**
Arbitration Rules	**Reglamento Arbitral (Reglamento de Arbitraje)**
Arbitrator	**Árbitro**
Arbitrators list	**Lista de árbitros**
Arbitrium boni viri	***Arbitrium boni viri***
Availability to act as an arbitrator	**Disponibilidad (para ser árbitro)**
Award	**Laudo**
Award declining jurisdiction	**Laudo inhibitorio**
B	
Bad faith	Mala fe (ver «**Buena fe**»)
Bankruptcy/insolvency (effect of bankruptcy or insolvency on the arbitration agreement)	Quiebra (efectos de la quiebra sobre el convenio arbitral) (ver «**Reglamento del Consejo n.º 1346/2000**»; «Arbitraje concursal interno»; «**Arbitraje concursal internacional**»)
Bilateral Investment Treaty (BIT)	**Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRI)**
Binding non-signatories to the arbitration agreement	**Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral**
Breach of the right to be heard	**Indefensión**
Briefs	**Alegaciones**

Buenos Aires Futures and Options Exchange (Arbitration at the)	**Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba)**
Butterfly clause	**Cláusula mariposa**
C	
Challenge	**Acción de nulidad**
Challenge of the arbitral award	**Impugnación del laudo arbitral**
Challenge to the arbitral tribunal's jurisdiction before the arbitral tribunal	**Declinatoria arbitral**
Challenge to the arbitrator	**Recusación del árbitro**
Challenge to the court's jurisdiction	**Declinatoria de jurisdicción**
Check for conflict of interests	**Verificación sobre un conflicto de intereses**
Civil law jurisdiction (the law of a)	**Derecho continental/derecho de tradición jurídica romano-germánica**
Code of ethics (arbitral)	**Códigos de ética arbitral**
Commercial custom and usage	**Usos y costumbres mercantiles**
Commencement of the arbitration	**Comienzo del arbitraje**
Commercial arbitration	**Arbitraje comercial**
Common law jurisdiction (the law of a)	**Derecho anglosajón**
Compensation (in investment arbitration)	**Justiprecio (en el marco del arbitraje de inversiones)**
Compensatory measures in the context of the Southern Common Market (MERCOSUR)	**Medidas compensatorias en el MERCOSUR**
Competence-competence	**Competencia sobre la competencia (Principio de *kompetenz-kompetenz*)**
Concilitation	**Conciliación**
Conditional arbitrability	**Arbitrabilidades condicionadas**
Confidentiality	**Confidencialidad**
Conflict check (check for conflicts of interest)	**Verificación sobre un conflicto de intereses**
Conflict of laws	**Conflicto de leyes**
Conflict Resolution Centre of the Barcelona Official Chamber of Commerce, Industry and Navigation	***Consolat de Mar* (Consulado de Mar de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona)**
Consent award	**Laudo conciliatorio**

Conservatory/preliminary measures; Interim measures	**Medidas cautelares/preliminares**
Constitutionality of arbitration	**Constitucionalidad del arbitraje**
Consular arbitration	**Arbitraje consular**
Consumer arbitration	**Arbitraje de consumidores y usuarios**
Consumer Arbitration Boards	**Juntas Arbitrales de Consumo**
Consumer arbitration in relation to financial contracts	**Arbitraje de contratos financieros con consumidores**
Consumer class action arbitration	**Arbitraje de consumo colectivo**
Contentious proceedings	**Heterocomposición**
Contract claims	**Reclamaciones de naturaleza contractual**
Contract Claims vs. Treaty Claims	**Reclamaciones de naturaleza contractual y reclamaciones conforme al tratado**
Correction, clarification and additions to the award	**Corrección, aclaración y complemento del laudo**
Costs of the arbitral proceedings	**Costas del procedimiento arbitral**
Council Regulation (EC) n.º 1346/2000 of 29 May 2000 on insolvency proceedings	**Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia**
Council Regulation (EC) n.º 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters	**Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre del 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil**
Counterclaim	**Reconvención**
Court of Arbitration for Sport (CAS)	**Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD)** y **Corte de Arbitraje del Deporte (CAD/TAS/CAS) de Lausana**
Court of Arbitration of the Chamber of Commerce, Industry and Navigation of Valencia	**Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia**
Custom	Costumbre (ver «**Usos y costumbres mercantiles**»)
D	
Deadline	**Plazo**
Deceptive/false advertising	Publicidad engañosa (ver «**Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa**»)

Decline an appointment to act as arbitrator (to)	**Abstención del árbitro**
Default for reasons of convenience	**Rebeldía por conveniencia**
Defaulting parties	**Inactividad de las partes**
Defaulting respondent	**Rebeldía**
Deliberations (of the arbitral tribunal)	**Deliberaciones (del tribunal arbitral)**
Delocalisation of international arbitration	**Deslocalización del arbitraje internacional**
Delocalised arbitration	**Arbitraje deslocalizado**
Dépeçage	***Dépeçage***
Diplomatic protection	**Protección diplomática**
Discovery	**Exhibición de hechos**
Dispute Boards	**Dispute Boards**
Distance marketing of consumer financial services (arbitration related to)	**Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros**
Document production or disclosure in arbitration	***Discovery* arbitral**
Domestic arbitration	**Arbitraje nacional (arbitraje interno/doméstico)**
Double-taxation treaty	**Convenio de doble imposición**
Due process	**Debido proceso**
Duty of disclosure (of the arbitrators)	**Deber de declaración (de los árbitros)**
E	
E-disclosure in arbitration	***Discovery* arbitral de documentos electrónicos**
Effet utile of treaties	**Efecto útil de los tratados**
Electronic-consumer arbitraton	**Arbitraje de consumo electrónico**
Electronic-document production or disclosure in arbitration	***Discovery* arbitral de documentos electrónicos**
Employment arbitration	**Arbitraje laboral**
Energy Charter Treaty	**Tratado de la Carta de la Energía**
Enforceability of the arbitral award	**Eficacia ejecutiva del laudo arbitral**
Enforcement of an annulled arbitral award/of an award set aside	**Ejecución de laudo nulo**
Enforcement of the arbitral award	**Ejecución del laudo**
Environmental issues (Arbitration related to)	**Arbitraje ambiental**

Equality of the parties	**Igualdad de las partes**
Equity (Arbitration in)	**Arbitraje de equidad**
European Association of Arbitration	**Asociación Europea de Arbitraje (AEADE)**
European Convention on International Commercial Arbitration, Geneva, 1961 (Geneva Convention)	**Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961 (Convenio de Ginebra)**
Evidence	**Prueba**
Ex parte communications	**Comunicaciones *Ex Parte***
Excess of powers and/or failure to deal with all the issues referred to the tribunal for determination	**Incongruencia del laudo**
Exclusive jurisdiction of State courts	**Atribución imperativa de jurisdicción (estatal)**
Exequatur	***Exequátur***
Expert	**Perito**
Expert conferencing or witness conferencing	**Careo de Peritos (o de testigos)**
Expiry of limitation period to apply for the annulment of the arbitral award	**Caducidad de la acción de anulación del laudo arbitral**
Expiry of limitation period for the enforcement of the arbitral award	**Caducidad de la acción ejecutiva del laudo arbitral**
Expropriation; Measures equivalent to expropriation in investment arbitration	**Expropiación forzosa**; **Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones**
F	
Fair and Equitable Treatment	**Trato Justo y Equitativo**
Failure to deal with all the issues referred to the tribunal for determination and/or excess of powers	**Incongruencia del laudo**
False/deceptive advertising	Publicidad engañosa (ver «**Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa**»)
Favor arbitris	***Favor arbitris***
Force-majeure clause	**Cláusula de fuerza mayor**
Fork-in-the road clause	**Cláusula de opción irrevocable**

Free trade agreements (arbitration in the context of)	**Tratados de Libre Comercio (el arbitraje en)**
G	
General Principles of Law	**Principios Generales del Derecho**
Globalization	**Globalización**
Good faith (in arbitration proceedings)	**Buena fe (en el Arbitraje)**
Green Paper on alternative dispute resolution in civil and commercial law	**Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil**
H	
Hardship (clause or principle)	***Rebus sic Stantibus* (cláusula o principio de)**
Harmonization of arbitration legislation	**Armonización arbitral**
Hearings	**Audiencias** (vistas)
High Council of the Chambers of Commerce	**Consejo Superior de Cámaras de Comercio**
Human rights (in arbitration)	**Derechos humanos fundamentales (en el arbitraje)**
I	
ICSID Regulation and Rules	**Reglamento y reglas del CIADI**
IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development	**Modelo IISD**
Immunity of the State	**Inmunidad del Estado**
Impartiality of the arbitrator	**Imparcialidad del árbitro**
Impecuniousity	**Falta de recursos económicos**
Inarbitrability of the dispute	Inarbitrabilidad de la controversia (ver «**Arbitrabilidad**»)
Independence of the arbitrator	**Independencia del árbitro**

Insolvency/Bankruptcy (effect of insolvency/bankruptcy on the arbitration agreement)	Quiebra (efectos de la quiebra sobre el convenio arbitral) (ver «**Reglamento del Consejo n.º 1346/2000**»; «**Arbitraje y concurso interno**»; «**Arbitraje concursal internacional**»)
Institutional arbitration	**Arbitraje institucional; arbitraje administrado; arbitraje corporativo**
Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Panama Convention)	**Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)**
Interim measures; Conservatory/preliminary measures	**Medidas cautelares/preliminares**
International arbitration	**Arbitraje internacional**
International bankruptcy	Concurso internacional (ver «**Arbitraje concursal internacional**»)
International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)	**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)**
International Chamber of Commerce (ICC)	**Cámara de Comercio Internacional (CCI)**
International commercial arbitration	**Arbitraje comercial internacional**
International Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce	**Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional**
International custom	**Costumbre internacional**
International insolvency	Concurso internacional (ver «**Arbitraje concursal internacional**»)
International litispendence	**Litisdependencia internacional**
Inter-State arbitration	**Arbitraje interestatal**
Investment arbitration	**Arbitraje de inversiones**
Invalidity of the arbitration agreement	**Ineficacia del convenio arbitral**
Iran-US Claims Tribunal	**Tribunal de Reclamos Irán-EE.UU.**
Irrituale arbitration (Italian)	**Arbitraje *irrituale* (*arbitrato irrituale*)**
Iure gestionis	***Iure gestionis*** (ver «**Inmunidad del Estado**»)
Iure imperii	***Iure imperii*** (ver «**Inmunidad del Estado**»; «***iure gestionis***»)
Ius variandi	***Ius variandi***

J	
Joinder of claims	**Acumulación de pretensiones**
Judicial assistance	**Asistencia judicial (o Auxilio judicial)**
Judicial assistance (in the arbitral context)	**Asistencia judicial (en el ámbito arbitral)**
Judicial control (of the arbitration)	**Control judicial (del arbitraje)**
Jurisdiction and competence of the arbitral tribunal	**Jurisdicción y competencia arbitral** (ver también «**Laudo inhibitorio**»; «**Declinatoria arbitral**»; «**Declinatoria de jurisdicción**»)
K	
Kees van Raad Report	**Informe *Kees van Raad***
L	
Language of the proceedings	**Idioma del procedimiento**
Latin America (as the seat of the arbitration)	**Latinoamérica (como sede arbitral)**
Law applicable to the arbitration (law of the seat)	**Ley aplicable al arbitraje (ley aplicable en el procedimiento arbitral)**
Law applicable to the arbitration agreement	Ley aplicable al convenio arbitral (ver «**Autonomía de la cláusula arbitral**»)
Law most favourable for the enforcement of the award	Ley más favorable en la ejecución de laudo (ver «**Ejecución de laudo**»)
Leases (Arbitration related to)	**Arbitraje arrendaticio**
Lex Mercatoria	***Lex Mercatoria***
Liability of the arbitral institution	**Responsabilidad de la institución arbitral**
Liability of the arbitrators	**Responsabilidad de los árbitros**
Limitation period to challenge the arbitral award (expiry of)	**Caducidad de la acción de anulación del laudo arbitral**
Limitation period for the enforcement of the arbitral award (expiry of)	**Caducidad de la acción ejecutiva del laudo arbitral**

Lindencrona and Mattsson Report	**Informe *Lindencrona* y *Mattsson***
Lis pendens (arbitral)	**Litisdependencia arbitral**
Local remedies (exhaustion of)	**Recursos internos (agotamiento de)**
Logistical support (by the Chambers of Commerce)	**Ayuda logística (por las Cámaras de Comercio)**
London Court of International Arbitration (LCIA)	***London Court of International Arbitration* (LCIA)**
M	
Madrid Arbitration Court	**Corte de Arbitraje de Madrid**
Mandatory laws/rules	**Leyes de policía**
Maritime arbitration (international)	**Arbitraje marítimo internacional**
Measures equivalent to expropriation in investment arbitration	**Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones**
Mediation	**Mediación**
Memorials	**Alegaciones**
MERCOSUR	MERCOSUR (ver «**Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR**»; «**Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR**»; «**Laudos arbitrales en el MERCOSUR**»; «**Medidas compensatorias en el MERCOSUR**»)
Mini Trial	**Pequeño juicio** (*Mini Trial*)
Minimum standard under international law	Estándar mínimo de trato a los extranjeros (ver «**Trato justo y equitativo**»)
Mixed arbitration	**Arbitraje mixto**
Most-favoured nation clause	**Cláusula de la nación más favorecida (NMF)**
Moynier's model	**Modelo de Moynier**
Multilateral Investment Guarantee Agency (MIGA)	**Agencia Multilateral de Garantías para las Inversiones (AMGI)**
Multiparty and multicontract arbitration	Arbitraje multiparte y multicontrato (ver «**Extensión a terceros de la cláusula arbitral**»)
Multiple parties	**Litisconsorcio**
Multi-tier or escalation clauses (also med-arb clauses)	**Cláusulas *multi-tier* o cláusulas escalonadas**

N	
Nationalisation	**Nacionalización**
Nationality	**Nacionalidad**
Neutrality of the arbitrator	**Neutralidad del árbitro**
New York Convention of 1958 (Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards)	**Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)**
Nomination of the arbitrators	**Nombramiento de los árbitros** (ver también «**Designación de los árbitros**»)
Non-participation of the parties	**Inactividad de las partes**
Non-signatories of the arbitration agreement	Terceros no firmantes de la cláusula arbitral (ver «**Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral**»)
Notarisation (authentication) of the arbitral award	**Protocolización del laudo arbitral**
Notice (of the commencement of arbitration proceedings)	**Emplazamiento**
O	
Offer to arbitrate by a State	**Oferta del consentimiento estatal al arbitraje**
Online arbitration	**Arbitraje *online* (arbitraje telemático/electrónico)**
P	
Pacta sunt servanda	***Pacta sunt servanda* (principio de)**
Partial annulment of the award	**Anulación parcial del laudo**
Partial award	**Laudo parcial**
Pathological arbitration clauses	**Cláusulas arbitrales patológicas**
Peaceful settlement of disputes (principle of)	**Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de)**
Permanent Court of Arbitration	**Corte Permanente de Arbitraje**
Precedent (Arbitral)	**Jurisprudencia arbitral**

Preliminary conference	**Conferencia preliminar**
Preliminary directions	**Órdenes preliminares**
Preliminary/Conservatory measures; Interim measures	**Medidas cautelares/preliminares**
Preliminary objections	**Excepciones preliminares**
Preliminary question	**Prejudicialidad**
Principles of international law	**Principios de Derecho Internacional**
Procedural order	**Orden procesal**
Property-related arbitration	**Arbitraje inmobiliario**
Public contracts (concept in internal law)	**Contratos públicos (noción en el derecho interno)** (ver también «**Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)**»)
Public policy	**Orden público**
R	
Rabbinical courts for financial disputes	**Arbitraje financiero rabínico**
Real-estate arbitration	**Arbitraje inmobiliario**
Reasonable inquiry	**Indagación razonable**
Rebus sic Stantibus (clause or principle)	***Rebus sic Stantibus* (cláusula o principio de)**
Rebuttal	**Contestación**
Recognition of a foreign award (see «*Exequatur*»)	Reconocimiento de laudo extranjero (ver «***Exequátur***»)
Refuse an appointment to act as arbitrator (to)	**Abstención del árbitro**
Rejoinder	**Dúplica**
Renvoi	**Reenvío**
Reply	**Réplica**
Request for arbitration	**Demanda arbitral** (Demanda de arbitraje)
Request for production of documents	**Requerimientos de aportación de pruebas**
Res judicata (effect)	**Cosa Juzgada**
Res judicata (effect) of the arbitral award	**Cosa juzgada del laudo arbitral**; **Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral**
Reservations in international treaties	**Reservas a los tratados internacionales**
Revision (review) of the award	**Revisión del laudo**

Right to be heard in adversarial proceedings	Contradicción (ver «**Defensa y contradicción**»)
Rotterdam rules	**Reglas de Rotterdam**
S	
Salini Test	***Test* de Salini**
Seat of the arbitration	Sede de arbitraje («**Lugar del arbitraje**»)
Securities arbitration	**Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados**
Self-regulation	**Autorregulación**
Separability of the arbitration agreement	**Separabilidad del convenio arbitral** (ver también «**Autonomía de la cláusula arbitral**»)
Set-off of claims	**Compensación de deudas e intereses**
Setting aside application	**Acción de nulidad**
Settlement agreement in administrative proceedings	**Terminación convencional de los procedimientos administrativos**
Severability of the arbitration agreement	**Separabilidad del convenio arbitral** (ver también «**Autonomía de la cláusula arbitral**»)
Shareholder disputes	**Litigios societarios** (ver también «**Arbitraje societario**»)
Single vs. dual system (for domestic and international arbitration)	**Sistema monista *versus* sistema dualista**
SOLVIT System	**Sistema SOLVIT**
Sources of Arbitration Law	**Fuentes del Derecho Arbitral**
Spanish Court of Arbitration	**Corte Española de Arbitraje**
Sport arbitration	**Arbitraje deportivo**
Standard form/adhesion arbitration clause	**Cláusula arbitral adhesiva**
Statement of Case	Escrito de demanda (ver «**Demanda arbitral**»)
Statement of Defence	**Contestación de la Demanda**
Subject matter of the arbitral procedure	**Objeto del procedimiento arbitral**
Subject-matter that may be disposed of	**Disponibilidad del objeto**
Submission (acquiescence)	**Allanamiento**
Substantive law in international commercial arbitration	**Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional**

Substantive law in investment arbitration	**Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones**
Superior Court of Justice of the Autonomous Community in Spain	**Tribunal Superior de Justicia (en España)**
Swiss Arbitration Association	**Asociación Suiza de Arbitraje**
Sworn translation (official translation)	**Traducción jurada (traducción oficial)**
T	
Tax issues (Arbitration related to)	**Arbitraje tributario**
Telecommunications sector (Arbitration related to the)	**Arbitraje en el ámbito de las telecomunicaciones**
Terms of Reference	**Acta de Misión**
Testamentary issues (Arbitration related to)	**Arbitraje testamentario**
Third party to the arbitral procedure and/or to the arbitration agreement	**Tercero interviniente**
Trade unions (Arbitration concerning)	**Arbitraje sindical**
Tribunal of Permanent Review of the Southern Common Market (MERCOSUR)	**Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR**
U	
Umbrella clause	Cláusula paraguas
UNCITRAL Arbitration Rules	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI
UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration	**Ley Modelo CNUDMI (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional**
Unenforceability of the arbitral award	Inejutabilidad del laudo (ver «**Ejecución del laudo**»)
Unenforceability of the arbitration agreement	**Ineficacia del convenio arbitral**
UNIDROIT Principles of international commercial contracts	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (ver «***Lex Mercatoria***»)
Unilateral arbitration (in the foreign investment context)	**Arbitraje unilateral (en el marco de las inversiones extranjeras)**

United Nations Commission for International Trade Law (UNCITRAL)	**Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL)**
United States Model BIT	**TBI Modelo de EE.UU.**
Usage	Uso (ver «**Usos y costumbres mercantiles**»)
W	
Waiver of right to challenge the award	**Renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral**
Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States of 1965 (ICSID Convention)	**Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio CIADI)**
Withdrawal from the arbitration procedure	**Desistimiento del proceso arbitral**
Witness	**Testigo**
Witness conferencing	Careo de testigos (ver «**Careo de Peritos (o de testigos)**»)
Witness examination	**Examen de testigos** (interrogatorio de testigos)
Witness of fact	**Testigo de hecho**
Witness testimony	**Declaración de testigo**
World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment	**Directivas del Banco Mundial relativas al Tratamiento de la Inversión Extranjera Directa**
World Trade Organization (arbitration in the)	**Organización Mundial de Comercio (Arbitraje en la)**
Written pleadings	**Alegaciones**
Written statements	**Declaraciones escritas**

Tercera tabla:

Traducción del vocablo en francés al español

Français	**Español**
A	
Abstention de l'arbitre	**Abstención del árbitro**
Abus de droit (dans l'arbitrage/principe selon lequel l'abus de droit n'est pas protégé par la loi)	**Abuso del Derecho (en el arbitraje/ Principio de que la ley no ampara el abuso del Derecho)**
Acquiescement	**Allanamiento**
Acte de Mission	**Acta de Misión**
Aérien (arbitrage)	**Arbitraje aéreo**
Agence Multilatérale de Garantie des Investissements (MIGA)	**Agencia Multilateral de Garantías para las Inversiones**
Aide logistique (par les Chambres de commerce)	**Ayuda logística (por las Cámaras de Comercio)**
American Arbitration Association (AAA)	***American Arbitration Association (AAA)*** **(ver también Asociación Americana de Arbitraje)**
Amérique Latine (comme siège d'arbitrage)	**Latinoamérica (como sede arbitral)**
Amiable composition	Amigable composición (ver «**Arbitraje de equidad (también llamado arbitraje de amigable composición)**»)
Amicus curiae	***Amicus curiae***
Annulation partielle de la sentence	**Anulación parcial del laudo**
Anti-suit injunction	**Medida antiproceso**
Arbitrabilité	**Arbitrabilidad**
Arbitrabilité conditionnelle	**Arbitrabilidades condicionadas**
Arbitrage	**Arbitraje**
Arbitrage *ad-hoc*	**Arbitraje *ad-hoc* (también llamado arbitraje ocasional o no administrado)**
Arbitrage aérien	**Arbitraje aéreo**
Arbitrage commercial	**Arbitraje comercial**
Arbitrage commercial international	**Arbitraje comercial internacional**

Arbitrage consulaire	**Arbitraje consular**
Arbitrage d'investissement	**Arbitraje de inversiones**
Arbitrage d'organismes autonomes sur la publicité trompeuse	**Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa**
Arbitrage de consommation	**Arbitraje de consumidores y usuarios**
Arbitrage de consommation collectif (*class action*)	**Arbitraje de consumo colectivo**
Arbitrage de consommation électronique	**Arbitraje de consumo electrónico**
Arbitrage délocalisé	**Arbitraje deslocalizado** (ver también «**Deslocalización del arbitraje internacional**»)
Arbitrage domestique	**Arbitraje nacional (arbitraje interno/doméstico)**
Arbitrage électronique	**Arbitraje *online* (arbitraje telemático/electrónico)**
Arbitrage en droit	**Arbitraje de Derecho**
Arbitrage en droit du travail	**Arbitraje laboral**
Arbitrage en équité	**Arbitraje de equidad (también llamado arbitraje de amigable composición)**
Arbitrage en ligne	**Arbitraje *online* (arbitraje telemático/electrónico)**
Arbitrage en matière financière	**Arbitraje financiero**
Arbitrage en matière financière avec des consommateurs	**Arbitraje de contratos financieros con consumidores**
Arbitrage en matière fiscale	**Arbitraje tributario**
Arbitrage en matières de baux	**Arbitraje arrendaticio**
Arbitrage environnemental	**Arbitraje ambiental**
Arbitrage et contrats publics	Arbitraje en la contratación pública (ver «**Arbitraje del Estado (Arbitraje en la contratación pública)**»)
Arbitrage et faillites	**Arbitraje y concurso interno**
Arbitrage et faillites internationales	**Arbitraje concursal internacional**
Arbitrage et télécommunications	**Arbitraje en el ámbito de las telecomunicaciones**
Arbitrage immobilier	**Arbitraje inmobiliario**
Arbitrage impliquant un Etat (arbitrage et contrats publics)	**Arbitraje del Estado (arbitraje en la contratación pública)**

Arbitrage institutionnel	**Arbitraje institucional (también llamado arbitraje administrado o arbitraje corporativo)**
Arbitrage interétatique	**Arbitraje interestatal**
Arbitrage international	**Arbitraje internacional**
Arbitrage interne	**Arbitraje nacional (arbitraje interno/doméstico)**
Arbitrage *irrituale*	**Arbitraje *irrituale* (*arbitrato irrituale*)**
Arbitrage maritime international	**Arbitraje marítimo internacional**
Arbitrage mixte (entre un Etat et une personne privée)	**Arbitraje mixto**
Arbitrage multipartite et multi-contrats	Arbitraje multiparte y multicontrato (ver «**Extensión a terceros de la cláusula arbitral**»)
Arbitrage *online*	**Arbitraje *online* (arbitraje telemático/electrónico)**
Arbitrage rabinique en matière financière	**Arbitraje financiero rabínico**
Arbitrage relatif à des contrats financiers conclus sur les marchés organisés	**Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados**
Arbitrage relatif à la commercialisation à distance de services financiers	**Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros**
Arbitrage sociétaire	**Arbitraje societario; Litigios societarios**
Arbitrage sportif	**Arbitraje deportivo**
Arbitrage sur le Marché à Terme de Buenos Aires	**Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba)**
Arbitrage syndical	**Arbitraje sindical**
Arbitrage testamentaire	**Arbitraje testamentario**
Arbitrage unilatéral (en matière d'investissements étrangers)	**Arbitraje unilateral (en el marco de las inversiones extranjeras)**
Arbitre	**Árbitro**
Arbitrium boni viri	***Arbitrium boni viri***
Assistance judiciaire (en matière d'arbitrage) (juge d'appui)	**Asistencia judicial (en el ámbito arbitral)**
Assistance judiciaire (juge d'appui)	**Asistencia judicial (o Auxilio judicial)**
Association Européenne d'Arbitrage	**Asociación Europea de Arbitraje (AEADE)**
Association Suisse de l'Arbitrage	**Asociación Suiza de Arbitraje**

Audiences	**Audiencias o vistas**
Authentification par notaire de la sentence arbitrale	**Protocolización del laudo arbitral**
Autonomie de la clause compromissoire	**Autonomía de la cláusula arbitral**
Autorégulation	**Autorregulación**
Autorité de chose jugée *(res judicata*)	**Cosa Juzgada**
Autorité de chose jugée de la sentence arbitrale	**Eficacia de cosa juzgada del laudo arbitral; Cosa juzgada del laudo arbitral**
B	
Baux (Arbitrage en matières de baux)	**Arbitraje arendaticio**
BIT modèle des Etats-Unis	**TBI Modelo de la EE.UU. (Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de Estados Unidos)**
Bonne foi (dans la procédure arbitrale)	**Buena fe (en el Arbitraje)**
C	
Caractère exécutoire de la sentence arbitrale	**Eficacia ejecutiva del laudo arbitral**
Caractère non exécutoire de la sentence	Inejutabilidad del laudo (ver «**Ejecución del laudo**»)
Centre de résolution des différends de la Chambre Officielle de Commerce, de l'Industrie et de la Navigation de Barcelone	***Consolat de Mar*** **(Consulado de Mar de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona)**
Centre International de Règlement des Différends relatifs aux Investissements (CIRDI)	**Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)**
Chambre de Commerce Internationale (CCI)	**Cámara de Comercio Internacional (CCI)**
Chose jugée (autorité de la)	**Cosa juzgada**
Chose jugée de la sentence arbitrale (autorité de la)	**Cosa juzgada del laudo arbitral**
Clause arbitrale	Cláusula arbitral (ver «**Convenio arbitral**»)
Clause compromissoire abusive	**Cláusula arbitral abusiva**

Clause compromissoire d'adhésion	**Cláusula arbitral adhesiva**
Clause d'arbitrage	Cláusula arbitral (ver «**Convenio arbitral**»)
Clause de force majeure	**Cláusula de fuerza mayor**
Clause de la nation la plus favorisée	**Cláusula de la nación más favorecida (NMF)**
Clause d'option irrévocable	**Cláusula de opción irrevocable**
Clause papillon	**Cláusula mariposa**
Clause parapluie (*umbrella clause)*	**Cláusula paraguas**
Clauses *multi-tier*	**Cláusulas *multi-tier* o cláusulas escalonadas**
Code d'éthique	**Códigos de ética arbitral**
Comité de règlement des différends	**Dispute Boards**
Commencement de l'arbitrage	**Comienzo del arbitraje** (Inicio del arbitraje)
Commission d'arbitrage de consommation	**Juntas Arbitrales de Consumo**
Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International (CNUDCI)	**Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL)**
Communication *ex parte*	**Comunicaciones *Ex Parte***
Compensation	**Compensación de deudas e intereses**
Compétence	Competencia (ver «**Jurisdicción y competencia arbitral**»)
Compétence impérative des juridictions étatiques	**Atribución imperativa de jurisdicción (estatal)**
Compétence-compétence	**Competencia sobre la competencia (Principio de *kompetenz-kompetenz*)**
Concilitation	**Conciliación**
Conférence préliminaire	**Conferencia preliminar**
Confidentialité	**Confidencialidad**
Conflict check	**Verificación sobre un conflicto de intereses**
Conflit de lois	**Conflicto de leyes**
Confrontation d'experts (ou de témoins)	**Careo de peritos (o de testigos)**
Conseil Supérieur des Chambres de Commerce	**Consejo Superior de Cámaras de Comercio**
Consentement à l'arbitrage (exprès ou tacite)	**Sumisión al arbitraje (expresa y tácita)**

Consommateurs/Droit de la consommation	Consumidores/Derecho de consumo (ver «**Arbitraje de consumidores y usuarios**»; «**Arbitraje de consumo colectivo**»; «**Arbitraje de consumo electrónico**»; «**Arbitraje de contratos financieros con consumidores**»)
Constitutionnalité de l'arbitrage	**Constitucionalidad del arbitraje**
Contestation de la compétence du tribunal arbitral	**Declinatoria arbitral**
Contestation de la compétence du tribunal étatique	**Declinatoria de jurisdicción**
Contrats d'Etat	Contratos del Estado (ver «**Contratos públicos (noción en el derecho interno)**»)
Contrats publics (ou contrats d'Etat)	**Contratos públicos (noción en el derecho interno)**
Contrôle d'absence de conflit d'intérêts	**Verificación sobre un conflicto de intereses**
Contrôle de la sentence en arbitrage d'investissement	**Control del laudo en el arbitraje de inversiones**
Contrôle judiciaire (de l'arbitrage)	**Control judicial (del arbitraje)**
Convention d'arbitrage	**Acuerdo de arbitraje**
Convention d'arbitrage	**Convenio arbitral**
Convention d'arbitrage dans le Contrat Cadre d'Opérations Financières	**Convenio arbitral en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)**
Convention d'arbitrage pathologique	**Cláusulas arbitrales patológicas**
Convention de double imposition	**Convenio de doble imposición**
Convention de New York de 1958 (Convention sur la Reconnaissance et l'Exécution des Sentences Arbitrales Etrangères)	**Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras)**
Convention de Washington pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre Etats et ressortissants d'autres Etats de 1965 (Convention CIRDI)	**Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados de 1965 (Convenio CIADI)**

Convention Européenne sur l'Arbitrage Commercial International signée à Genève en 1961 (Convention de Genève)	**Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional, hecho en Ginebra en 1961 (Convenio de Ginebra)**
Convention Interaméricaine sur l'Arbitrage Commercial International (Convention de Panama)	**Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá)**
Correction, interprétation et complément de la sentence	**Corrección, aclaración y complemento del laudo**
Cour d'Arbitrage	Corte de Arbitraje (ver «**Arbitraje institucional**»)
Cour d'Arbitrage de la Chambre de Commerce, d'Industrie et de Navigation de Valencia	**Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia**
Cour d'Arbitrage de Madrid	**Corte de Arbitraje de Madrid**
Cour Espagnole d'Arbitrage	**Corte Española de Arbitraje**
Cour Internationale d'Arbitrage de la Chambre de Commerce Internationale	**Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional**
Cour Permanente d'Arbitrage	**Corte Permanente de Arbitraje**
Coûts de la procédure arbitrale	**Costas del procedimiento arbitral**
Coutume commerciale	Costumbre mercantil (ver «**Usos y costumbres mercantiles**»)
Coutume internationale	**Costumbre internacional**
Culture arbitrale	**Cultura arbitral**
D	
Déclarations écrites	**Declaraciones escritas**
Déclinatoire de compétence arbitrale	**Declinatoria arbitral**
Déclinatoire de compétence étatique	**Declinatoria de jurisdicción**
Défaut délibéré du défendeur	**Rebeldía por conveniencia**
Défaut du défendeur	**Rebeldía**
Défaut d'une partie	**Inactividad de las partes**
Délai	**Plazo**
Délibérations (du tribunal arbitral)	**Deliberaciones (del tribunal arbitral)**
Délocalisation de l'arbitrage international	**Deslocalización del arbitraje internacional** (ver también «**Arbitraje deslocalizado**»)

Demande d'arbitrage	**Demanda arbitral**; Demanda de arbitraje
Demande de production de documents	**Requerimientos de aportación de pruebas**
Demandes fondées sur le contrat	**Reclamaciones de naturaleza contractual**
Demandes fondées sur le contrat et demande fondée sur le traité	**Reclamaciones de naturaleza contractual y reclamaciones conforme al tratado**
Demande reconventionnelle	**Reconvención**
Dépeçage	***Dépeçage***
Dépôt de la sentence arbitrale au rang des minutes d'un notaire	**Protocolización del laudo arbitral**
Désignation des arbitres	**Designación de los árbitros** (ver también «**Nombramiento de los árbitros**»)
Désistement de la procédure arbitrale	**Desistimiento del proceso arbitral**
Devoir de révélation des arbitres	**Deber de declaración (de los árbitros)**
Différends entre associés	Controversias entre socios (ver «**Arbitraje societario**»)
Discovery	**Exhibición de hechos**
Disponibilité de l'objet du litige (droits disponibles)	**Disponibilidad del objeto**
Disponibilité pour agir en tant qu'arbitre	**Disponibilidad (para ser árbitro)**
Droit à un procès juste et équitable	**Debido proceso**
Droit anglo-saxon	**Derecho anglosajón**
Droit applicable au fond du litige en arbitrage commercial international	**Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional**
Droit applicable au fond du litige en arbitrage d'investissement	**Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones**
Droit continental / droit de tradition romano-germanique / droit civil	**Derecho continental/derecho de tradición jurídica romano-germánica**
Droit d'être entendu	**Contradicción**
Droit d'être entendu (violation du)	**Indefensión**
Droits de l'homme fondamentaux (dans l'arbitrage)	**Derechos humanos fundamentales (en el arbitraje)**
Dualismo	Dualismo (ver «**Sistema monista *versus* sistema dualista**»)
Duplique	**Dúplica**

E	
Ecritures	**Alegaciones**
Effet utile d'un traité	**Efecto útil de los tratados**
Egalité des parties	**Igualdad de las partes**
Environnement (Arbitrage environnemental)	**Arbitraje ambiental**
Equité (Arbitrage en équité)	**Arbitraje de equidad**
Exceptions préliminaires	**Excepciones preliminares**
Excès de pouvoir de l'arbitre	**Incongruencia del laudo**
Exécution d'une sentence annulée	**Ejecución de laudo nulo**
Exécution de la sentence arbitrale	**Ejecución del laudo**
Exequatur	***Exequatur***
Expert	**Perito**
Expropriation; Mesures équivalentes à une expropriation en arbitrage d'investissement	**Expropiación forzosa**; **Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones**
Extension de la clause compromissoire à des tiers non-signataires	**Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral**
Extra petita / *Ultra petita* / *Infra petita*	**Incongruencia del laudo**
F	
Faillite (effets de la faillite sur la convention d'arbitrage)	Quiebra (efectos de la quiebra sobre el convenio arbitral) (ver «**Reglamento Comunitario n.º 1346/2000**») (ver también «Arbitraje concursal interno» y «**Arbitraje concursal internacional**»)
Faillites internationales	Concurso internacional (ver «**Arbitraje concursal internacional**»)
Favor arbitris	***Favor arbitris***
Financier (arbitrage)	**Arbitraje financiero** (ver también «**Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados**»; «**Convenio arbitral en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF)**»)
Fiscalité	Fiscalidad (ver «**Arbitraje tributario**»)

Force majeure	Fuerza mayor (ver «**Cláusula de fuerza mayor**»)
H	
Harmonisation des législations arbitrales	**Armonización arbitral**
I	
Immobilier (Arbitrage)	**Arbitraje inmobiliario**
Immunité de l'Etat	**Inmunidad del Estado**
Impartialité de l'arbitre	**Imparcialidad del árbitro**
Impecuniousité	**Falta de recursos económicos**
Inarbitrabilité du litige	Inarbitrabilidad de la controversia (ver «**Arbitrabilidad**»)
Incohérence de la sentence par rapport aux demandes des parties	**Incongruencia del laudo**
Indemnisation (dans le cadre de l'arbitrage d'investissement)	**Justiprecio (en el marco del arbitraje de inversiones)**
Indépendance de l'arbitre	**Independencia del árbitro**
Inefficacité de la convention d'arbitrage	**Ineficacia del convenio arbitral**
Infra petita / *Extra petita* / *Ultra petita*	**Incongruencia del laudo**
Interprétation de la sentence	**Corrección, aclaración y complemento del laudo**
Interrogatoire de témoins	**Examen de testigos**; Interrogatorio de testigos
Investigation raisonnable	**Indagación razonable**
Iure gestionis	***Iure gestionis*** **(ver«Inmunidad del Estado»)**
Iure imperii	***Iure imperii*** **(ver «*Iure gestionis*»; «Inmunidad del Estado»)**
Ius variandi	***Ius variandi***
J	
Jonction de procédures	**Acumulación de pretensiones**
Juge d'appui	**Asistencia judicial (en el ámbito arbitral)**
Juridiction et compétence du tribunal arbitral	**Jurisdicción y competencia arbitral**

Jurisprudence arbitrale	**Jurisprudencia arbitral**
L	
Langue de procédure	**Idioma del procedimiento**
Lex Mercatoria	***Lex Mercatoria***
Lieu de l'arbitrage	Lugar del Arbitraje (ver «**Sede de arbitraje**»)
Liste d'arbitres	**Lista de árbitros**
Litiges entre associés	Controversias entre socios (ver «**Arbitraje societario**» y «**Litigios societarios**»)
Litiges sociétaires (litiges entre associés)	**Litigios societarios** (ver también «**Arbitraje societario**»)
Litispendance arbitrale	**Litisdependencia arbitral**
Litispendance internationale	**Litisdependencia internacional**
Livre vert sur les modes alternatifs de résolution des conflits	**Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil**
Loi applicable à la convention d'arbitrage	Ley aplicable al convenio arbitral (ver «**Autonomía de la cláusula arbitral**»)
Loi applicable à l'arbitrage (loi applicable à la procédure arbitrale)	**Ley aplicable al arbitraje (ley aplicable en el procedimiento arbitral)**
Loi la plus favorable à l'exécution de la sentence	Ley más favorable en la ejecución de laudo (ver «**Ejecución de laudo**»)
Loi type de la CNUDCI (UNCITRAL) sur l'arbitrage commercial international	**Ley Modelo CNUDMI (UNCITRAL) sobre Arbitraje Comercial Internacional**
Lois de police	**Leyes de policía**
London Court of International Arbitration (LCIA)	**London Court of International Arbitration (LCIA) (ver también Corte Internacional de Arbitraje de Londres)**
M	
Maritime (Arbitrage maritime international)	**Arbitraje marítimo internacional**
Mauvaise foi	Mala fe (ver «**Buena fe**»)

Médiation	**Mediación**
Mémoires	**Alegaciones**
Mémoire en demande	**Demanda arbitral**
MERCOSUR	MERCOSUR (ver «**Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR**»; «**Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR**»; «**Laudos arbitrales en el MERCOSUR**»; «**Medidas compensatorias en el MERCOSUR**»)
Mesures compensatoires dans le MERCOSUR	**Medidas compensatorias en el MERCOSUR**
Mesures conservatoires/ provisoires	**Medidas cautelares/preliminares**
Mesures équivalentes à une expropriation en arbitrage d'investissement	**Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones**
Mini Trial	**Pequeño juicio;** *Mini Trial*
Mode alternatif de résolution des litiges	**Resolución alternativa de controversias**
Modèle d'accord international sur l'investissement pour le développement durable (IIDD)	**Modelo IISD**
Modèle de Moynier	**Modelo de Moynier**
Mondialisation	**Globalización**
Monisme	Monismo (ver «**Sistema monista *versus* sistema dualista**»)
N	
Nationalisation	**Nacionalización**
Nationalité	**Nacionalidad**
Neutralité de l'arbitre	**Neutralidad del árbitro**
Nomination des arbitre	**Nombramiento de los árbitros** (ver también «**Designación de los árbitros**»)
Notification d'une demande d'arbitrage	**Emplazamiento**
O	
Objet de la procédure arbitrale	**Objeto del procedimiento arbitral**
Offre d'arbitrer de l'Etat	**Oferta del consentimiento estatal al arbitraje**

Option irrévocable	Opción irrevocable (ver «**Cláusula de opción irrevocable**»)
Ordonnance de procédure	**Orden procesal**; Resolución procesal
Ordonnance préliminaire	**Órdenes preliminares**
Ordre public	**Orden público**
Organisation Mondiale du Commerce (arbitrage dans le cadre de l')	**Organización Mundial de Comercio (Arbitraje en la)**
P	
Pacta sunt servanda	***Pacta sunt servanda* (principio de)**
Panel de règlement des différends	**Dispute Boards**
Passivité des parties	**Inactividad de las partes**
Pluralité des parties	**Litisconsorcio**
Prescription de l'action en annulation contre la sentence arbitrale	**Caducidad de la acción de anulación del laudo arbitral**
Prescription de l'action en exécution de la sentence arbitrale	**Caducidad de la acción ejecutiva del laudo arbitral**
Preuve	**Prueba**
Principe du contradictoire	Contradicción (ver «**Contestación**»; «**Defensa y contradicción**»)
Principes de droit international	**Principios de Derecho Internacional**
Principes directeurs de la Banque Mondiale relatifs au traitement de l'investissement étranger direct	**Directivas del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa**
Principes généraux du droit	**Principios Generales del Derecho**
Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international	Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales (ver «***Lex Mercatoria***»)
Procédure arbitrale (règles de)	**Procedimiento arbitral (normas sobre)**
Production de documents dans l'arbitrage	***Discovery* arbitral**
Production de documents électroniques dans l'arbitrage	***Discovery* arbitral de documentos electrónicos**
Protection diplomatique	**Protección diplomática**
Provision pour frais	**Provisión de fondos**
Publicité trompeuse	Publicidad engañosa (ver «**Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa**»)

Q	
Question préliminaire	**Prejudicialidad**
R	
Rabinique (Arbitrage rabinique en matière financière)	Ver «**Arbitraje financiero rabínico**»
Rapport Kees Van Raad	**Informe *Kees van Raad***
Rapport Lindencrona et Mattsson	**Informe *Lindencrona* y *Mattsson***
Rebus sic Stantibus (clause)	***Rebus sic Stantibus* (cláusula o principio de)**
Reconnaissance d'une sentence étrangère	Reconocimiento de laudo extranjero (ver «***Exequatur***»)
Recours contre la sentence arbitrale	**Impugnación del laudo arbitral**
Recours en annulation	**Acción de nulidad**
Recours internes (épuisement des voies de)	**Recursos internos (agotamiento de)**
Récusation de l'arbitre	**Recusación del árbitro**
Refus de l'arbitre d'accepter sa nomination	**Abstención del árbitro**
Règlement d'arbitrage	**Reglamento arbitral (Reglamento de arbitraje)**
Règlement d'arbitrage de la CNUDCI	**Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI**
Règlement (CE) n.° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité	**Reglamento (CE) n.° 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia**
Règlement (CE) n.°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciare, la réconnaissance et l'éxécution des décisions en matière civile et commerciale	**Reglamento (CE) n.° 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil**
Règlement d'un différend par un tiers	**Heterocomposición**
Règlement pacifique des différends internationaux (principe de)	**Arreglo pacífico de controversias internacionales (principio de)**
Règlements du CIRDI	**Reglamento y reglas del CIADI**
Règles de Rotterdam	**Reglas de Rotterdam**

Renonciation au droit d'exercer un recours en annulation contre la sentence	**Renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral**
Renvoi	**Reenvío**
Réplique	**Réplica**
Réponse à la requête d'arbitrage/Mémoire en réponse	**Contestación de la demanda**
Réserves aux traités internationaux	**Reservas a los tratados internacionales**
Responsabilité de l'institution arbitrale	**Responsabilidad de la institución arbitral**
Responsabilité des arbitres	**Responsabilidad de los árbitros**
Révision de la sentence	**Revisión del laudo**
S	
Sentence arbitrale	**Laudo**
Sentence arbitrale dans le cadre du MERCOSUR	**Laudos arbitrales en el MERCOSUR**
Sentence d'accord parties	**Laudo conciliatorio**
Sentence d'incompétence	**Laudo inhibitorio**
Sentence non exécutoire	Inejutabilidad del laudo (ver «**Ejecución del laudo**»)
Sentence partielle	**Laudo parcial**
Séparabilité de la convention d'arbitrage	**Separabilidad del convenio arbitral** (ver también «**Autonomía de la cláusula arbitral**»)
Siège de l'arbitrage	**Sede del arbitraje**
Sociétés	Sociedades (ver «**Litigios societarios**»; «**Arbitraje societario**»)
Sources du droit de l'arbitrage	**Fuentes del Derecho Arbitral**
Sport	Deporte (ver «**Arbitraje deportivo**»; «**Corte de Arbitraje del Deporte**»; «**Tribunal de Arbitraje del Deporte**»)
Standard minimum de traitement des étrangers	Estándar mínimo de trato a los extranjeros (ver «**Trato justo y equitativo**»)
Système moniste *versus* système dualiste	**Sistema monista *versus* sistema dualista**
Système SOLVIT	**Sistema SOLVIT**

T	
TBI modèle des Etats-Unis	**TBI Modelo de la EE.UU. (Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de Estados Unidos de América)**
Télécommunications	Telecomunicaciones (ver «**Arbitraje en el ámbito de las telecomunicaciones**»)
Témoignages/audition de témoins	**Declaración de testigo**
Témoin	**Testigo** (ver también «**Testigo de hechos**»; «**Declaración de testigo**»; «**Declaraciones escritas**»)
Témoin de faits	**Testigo de hechos**
Test *Salini*	***Test* de Salini**
Tiers intervenant	**Tercero interviniente**
Tiers non-signataires de la clause compromissoire	Terceros no firmantes de la cláusula arbitral (ver «**Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral**»)
Traduction jurée	**Traducción jurada (traducción oficial)**
Traité Bilatéral d'Investissement (TBI ou BIT)	**Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRI)**
Traité de double imposition	**Convenio de doble imposición**
Traités de libre-échange (l'arbitrage dans les)	**Tratados de Libre Comercio (el arbitraje en)**
Traité sur la Charte de l'Energie	**Tratado de la Carta de la Energía**
Traitement juste et équitable	**Trato Justo y Equitativo**
Transaction mettant fin à une procédure administrative	**Terminación convencional de los procedimientos administrativos**
Tribunal arbitral	**Colegio arbitral** (tribunal arbitral)
Tribunal Arbitral de Barcelone	**Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB)**
Tribunal Arbitral du Sport (TAS)	**Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD)**; **Corte de Arbitraje del Deporte (CAD/TAS/CAS) de Lausana**
Tribunal des réclamations Iran/Etats-Unis	**Tribunal de Reclamos Irán-EE.UU.**
Tribunal Permanent de Révision du MERCOSUR	**Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR**
Tribunal Supérieur de Justice (en Espagne)	**Tribunal Superior de Justicia (en España)**

Tribunaux Arbitraux *Ad-Hoc* dans le MERCOSUR	**Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR**
U	
Ultra petita/Infra petita/Extra petita	**Incongruencia del laudo**
Us et coutumes en matière commerciale	**Usos y costumbres mercantiles**
V	
Violation du droit d'être entendu	**Indefensión**

SUMARIO

Dedicatoria p. 7
Índice p. 9
Prólogo..... p. 11
Agradecimientos previos ..... p. 19
Palabras de los editores..... p. 29

A

Abstención del árbitro ..... p. 37
Abuso del Derecho ..... p. 43
Acción de nulidad ..... p. 47
Acta de Misión ..... p. 52
Actos *Iure imperii* ..... p. 56
Actos *Iure gestionis* ..... p. 56
Acuerdo de arbitraje ..... p. 56
Acuerdo para la Promoción y Protección de Inversiones (APPRI) ..... p. 56
Acumulación de pretensiones ..... p. 58
Agencia Multilateral de Garantías para las Inversiones ..... p. 62
Alegaciones ..... p. 67
Allanamiento ..... p. 69
American Arbitration Association (AAA) ..... p. 71
Amicus Curiae ..... p. 76
Amigable composición ..... p. 80
Anti-suit Injuction ..... p. 80
Anulación parcial del laudo p.80
Alternative Dispute Resolution ..... p. 85
Arbitrabilidad ..... p. 86

Arbitrabilidades condicionadas …….. p. 87
Arbitraje ……. p. 94
Arbitraje *Ad-Hoc* …….. p. 97
Arbitraje administrado ……... p. 100
Arbitraje aéreo ……..... p. 100
Arbitraje ambiental ……. p. 106
Arbitraje arrendaticio …….. p. 110
Arbitraje comercial ……..……. p. 122
Arbitraje comercial internacional ……..……. p. 127
Arbitraje comercial internacional ……..……. p. 134
Arbitraje concursal internacional…… p. 138
Arbitraje consular …… p. 141
Arbitraje corporativo ……. p. 143
Arbitraje de consumidores y usuarios …….. p. 144
Arbitraje de consumo colectivo ……. p. 148
Arbitraje de consumo electrónico …….. p. 152
Arbitraje de contratos financieros con consumidores ……. p. 155
Arbitraje de contratos financieros en mercados organizados …….. p. 157
Arbitraje de Derecho ..……... p. 159
Arbitraje de equidad (o arbitraje de amigable composición……..... p. 163
Arbitraje de inversiones ……..... p. 165
Arbitraje de organismos autónomos sobre publicidad engañosa …… p. 167
Arbitraje del Estado (arbitraje en la contratación pública) ……. p. 172
Arbitraje deportivo ……..... p. 176
Arbitraje deslocalizado ……... p. 181
Arbitraje electrónico (ver "arbitraje online") …….. p. 186
Arbitraje en el ámbito de las telecomunicaciones…….. .... p. 186
Arbitraje en el Mercado a Término de Buenos Aires (MATba) ……..... p. 194
Arbitraje en la comercialización a distancia de servicios financieros …… p. 195

Arbitraje en la contratación pública (ver "arbitraje del estado" o "arbitraje en la contratación pública")……..... p. 196
Arbitraje en la Organización Mundial del Comercio (ver "Organización Mundial del Comercio (arbitraje en la)") ……..... p. 196
Arbitraje financiero …….……..... p. 197
Arbitraje financiero rabínico ……..... p. 200
Arbitraje inmobiliario ……..... p. 201
Arbitraje institucional …… p. 205
Arbitraje interestatal …….. p. 211
Arbitraje internacional …….. p. 213
Arbitraje *irrituale* (*arbitrato irrituale*) ……. p. 219
Arbitraje laboral ……. p. 220
Arbitraje marítimo internacional ……..... p. 226
Arbitraje mixto ……... p. 231
Arbitraje multiparte y milticontrato …… .. p. 233
Arbitraje nacional (arbitraje interno/doméstico) ……. p. 233
Arbitraje no administrado …… p. 234
Arbitraje ocasional …….……... p. 234
Arbitraje *online* …… p. 235
Arbitraje sindical …… .. p. 239
Arbitraje societario …….. p. 240
Arbitraje telemático ……... .. p. 244
Arbitraje testamentario …….. p. 244
Arbitraje tributario …… p. 250
Arbitraje unilateral (en el marco de las inversiones extranjeras) ……..... p. 253
Arbitraje y concurso interno …….. p. 257
***Arbitrium boni viri* …… p. 264**
Arbitro ……..... p. 269
Armonización arbitral …….. p. 273

Arreglo pacífico de controversias internacionales (Principio de) … …. p. 280
Asistencia judicial (en el ámbito arbitral) ……. p. 284
Asociación Europea de Arbitraje (AEADE) …….. p. 286
Asociación Suiza de Arbitraje (ASA) ……. p. 290
Atribución imperativa de jurisdicción (estatal) ……. p. 293
Audiencias …… ……..……..... p. 298
Autonomía de la cláusula arbitral …….. p. 302
Autorregulación ……. p. 305
Auxilio judicial ……... . p. 309
Ayuda logística (por las Cámaras de Comercio) ……... . p. 309

B

Buena fe (en el Arbitraje) ……..... p. 310

C

Caducidad de la acción de anulación del laudo arbitral ……. p. 315
Caducidad de la acción ejecutiva en el arbitraje …….. p. 316
Cámara de Comercio Internacional (CCI) …… p. 318
Careo de peritos (o de testigos) ……. p. 321
Careo de testigos …… p. 324
Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) ……..... p. 324
Cláusula arbitral …… p. 325
Cláusula arbitral abusiva ……. p. 325
Cláusula arbitral adhesiva ……... p. 331
Cláusula de fuerza mayor ……... p. 334
Cláusula de la Nación Más Favorecida (NMF) ……..... p. 339
Cláusula de opción irrevocable …… p. 343

Cláusula mariposa …… **p. 345**
Cláusula *multi-tier* o cláusulas escalonadas ……..…… **p. 345**
Cláusula paraguas …… **p. 346**
Cláusulas (arbitrajes) patológicas …….. **p. 352**
Códigos de ética arbitral …….. **p. 358**
Colegio arbitral (Tribunal arbitral) …….. **p. 360**
Comercialización a distancia de servicios financieros …….. **p. 363**
Comienzo del arbitraje ……. **p. 363**
Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI/UNCITRAL) ……..... **p. 365**
Compensación de deudas e intereses …….. **p. 371**
Competencia sobre la competencia (Principio de *Kompetenz-Kompetenz*) **p. 371**
Comunicaciones *Ex Parte* ……..... **p. 374**
Conciliación ……..…..... **p. 378**
Concurso internacional ……..…….. **p. 379**
Conferencia preliminar ……..... **p. 379**
Confidencialidad ……..... **p. 382**
Conflict check ……. **p. 384**
Conflicto de leyes ……..... **p. 385**
Consejo Superior de Cámaras de Comercio ……..... **p. 391**
***Consolat de Mar* (Consulado de Mar de la Cámara Oficial de Comercio, Industria y Navegación de Barcelona)** ……..…….…….... **p. 392**
Consumidores ……..……... **p. 395**
Constitucionalidad del arbitraje ……..... **p. 395**
Contestación ……. **p. 398**
Contestación de la demanda …….. **p. 402**
Contract Claim ……... **p. 404**
Contract Claim vs. Treaty Claims ……..…….. **p. 404**
Contradicción ……. **p. 409**

Control del laudo en el arbitraje de inversiones …….. p. 412
Control judicial (del arbitraje) ……... p. 419
Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional (Convención de Panamá) ……..…… p. 420
Convenio arbitral ……..... p. 425
Convenio arbitral en el Contrato Marco de Operaciones Financieras (CMOF) ……..…… p. 431
Convenio de doble imposición ……..... p. 432
Convenio de Nueva York de 1958 (Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras…..... p. 437
Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1965 (Convenio CIADI) ……..... p. 442
Convenio Europeo sobre Arbitraje Comercial Internacional hecho en Ginebra en 1961 (Convenio de Ginebra) ……..….... p. 443
Corte Civil y Mercantil de Arbitraje (CIMA) ……... p. 449
Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional p.455
Corte de Arbitraje ……..... p. 462
Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Valencia ……...……..... p. 462
Corte de Arbitraje de Madrid ……..... p. 465
Corte de Arbitraje del Deporte (CAD/TAS/CAS) de Lausana …….. p. 467
Corte Española de Arbitraje …… p. 474
Corte Permanente de Arbitraje ……. p. 484
Corrección, aclaración y complemento del laudo …… p. 488
Cosa juzgada …… p. 492
Cosa juzgada del laudo arbitral…….. p. 495
Costas del procedimiento arbitral ..…… p. 499
Costumbre internacional …… p. 501
Cultura Arbitral ……. p. 506

D

Deber de declaración (de los árbitros) …….. **p. 511**
Debido proceso …… **p. 512**
Declaración de testigo ……..……..... **p. 512**
Declaraciones escritas ……..…….. **p. 513**
Declinatoria arbitral …..……..…….. **p. 516**
Declinatoria de jurisdicción ……. **p. 517**
Defensa y contradicción …….. **p. 518**
Deliberaciones (del Tribunal Arbitral) …….. **p. 520**
Demanda arbitral …….. **p. 522**
Dépeçage ……..…… **p. 525**
Derecho anglosajón ……. **p. 526**
Derecho aplicable al fondo en el arbitraje comercial internacional …… **p. 527**
Derecho aplicable al fondo en el arbitraje de inversiones…… **p. 531**
Derecho continental (Derecho de tradición jurídica romano-germánica)... **p. 535**
Derechos humanos fundamentales (en el arbitraje) ……..... **p. 536**
Designación de los árbitros …… **p. 539**
Desistimiento del proceso arbitral …..…… **p. 543**
Deslocalización del arbitraje internacional ……. **p. 548**
Directivas del Banco Mundial relativas al tratamiento de la inversión extranjera directa ……..... **p. 550**
***Discovery* arbitral** …… **p. 553**
***Discovery* arbitral de documentos electrónicos** ……..... **p. 556**
Disponibilidad (para ser árbitro) …… **p. 557**
Disponibilidad del objeto ……. **p. 558**
Dispute Boards …… **p. 563**
Dualismo …….. **p. 567**

Dúplica …….. p. 567

E

Efecto útil de los tratados …….. p. 568
Eficacia de la cosa juzgada del laudo arbitral ……... p. 573
Eficacia ejecutiva del laudo arbitral …….. p. 576
Ejecución del laudo ……. p. 578
Ejecución del laudo nulo ……..... p. 582
Emplazamiento …… p. 585
Estándar mínimo de trato a los extranjeros ……. p. 588
Etica arbitral ……..…… p. 588
Examen de testigos …….. p. 588
Excepciones preliminares ……..……... p. 592
***Exequatur* ……. p. 593**
Exhibición de hechos ……..... p. 596
Expropiación forzosa…….…… p. 598
Extensión a terceros no firmantes de la cláusula arbitral ……... p. 602

F

Falta de recursos económicos ……..……..…… p. 606
***Favor arbitris* ……..…..……..……..…… p. 611**
Fiscalidad ……..…..……..…… p. 616
Fuentes del Derecho Arbitral ……..……..…… p. 616

G

Globalización ……..…..……..…… p. 620

H

Heterocomposición ……..……..…..……..……. **p. 622**

I

Idioma del procedimiento ……..…..……. **p. 626**
Igualdad de las partes ……..……..……. **p. 629**
Imparcialidad del árbitro ……..……...……..……... **p. 634**
Impugnación del laudo arbitral ……..……..…..……... **p. 637**
Inactividad de las partes ……..……..…..……..…..... **p. 642**
Inarbitrabilidad de la controversia ……..…..……. **p. 645**
Incongruencia del laudo ……..……..……. **p. 645**
Indagación razonable ……..……..……..……. **p. 650**
Indefensión ……..……..…….. **p. 655**
Independencia del árbitro ……..……..……. **p. 655**
Ineficacia del convenio arbitral ……..……..…..……..... **p. 657**
Inejutabilidad del laudo ……..……..…...……..... **p. 660**
Informe *Kees van Raad* ……..……..…… **p. 660**
Informe *Lindencrona y Mattsson* ……..……. **p. 665**
Inicio del arbitraje ……..……..…..…… **p. 669**
Inmunidad del Estado ……..……..…..…..…. **p. 669**
Interrogatorio de testigos ……..……..…..….. **p. 673**
Iure gestionis ……..……..…..…..…… **p. 673**
Ius imperi ……..……..……..……. **p. 674**
Ius variandi ……..……..…...…… **p. 674**

J

Juntas arbitrales de consumo ……..……..…..……..... **p. 677**
Jurisdicción y competencia arbitral ……..……..…… **p. 684**
Jurisprudencia arbitral ……..……..…..……..…. **p. 688**

Justiprecio (en el marco del arbitraje de inversiones) ……... p. 691

K

***Kompetenz – Kompetenz* (principio de) ……..……..…… p. 696**

L

Latinoamérica (como sede arbitral) ……..……..…..……..… p. 696
Laudo ……..……..…..…..…… p. 700
Laudo conciliatorio ……..……..…..…… p. 703
Laudo inhibitorio ……..……..……..…… p. 707
Laudo parcial ……..……..…..……..... p. 709
Laudos arbitrales en el MERCOSUR ……..……..… p. 711
***Lex Mercatoria* ……..……..…..…….. p. 716**
Ley aplicable al arbitraje …..……..…..……..…… p. 718
Ley aplicable al Convenio Arbitral ……..…..……..……. p. 721
Ley más favorable en la ejecución de laudo ……..….. p. 721
Ley Modelo UNCITRAL ……..……..…… p. 721
Ley Modelo CNUDMI ……..……..…..….. p. 723
Leyes de Policía……..……..…..…….. p. 723
Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho Civil y Mercantil ……..…….. p. 726
Lista de árbitros ……..……..…...…… p. 730
Litigios societarios ……..…..……..…….. p. 731
Litisconsorcio ……..……..…..…… p. 734
Litisdependencia arbitral ……..……..…..….. p. 739
***London Court of International Arbitration* (LCIA) …… p. 742**
Lugar del arbitraje ……..……..…..…….. p. 743

M

Mala fe …… p. 744
Mediación…… p. 744
Medida antiproceso …… p. 749
Medidas cautelares/preliminares …… p. 754
Medidas compensatorias en el MERCOSUR …… p. 762
Medidas equivalentes a expropiación en el arbitraje de inversiones…… p. 768
Mercado a término de Buenos Aires …… p. 772
MERCOSUR …… p. 772
Mini Trial …… p. 772
Modelo de Moynier …… p. 772
Modelo IISD …… p. 774
Monismo …… p. 775

N

Nacionalidad …… p. 776
Nacionalización …… p. 780
Neutralidad del árbitro …… p. 784
Nombramiento de los árbitros …… p. 788

O

Objeto del procedimiento arbitral (objeto de la controversia inter partes respecto al cumplimiento del contenido obligacional sometido a convenio arbitral) …… p. 788
Oferta del consentimiento estatal al arbitraje …… p. 792
Opción irrevocable …… p. 796
Orden Procesal…… p. 797
Orden Público …… p. 799

Ordenes preliminares …….……..…….. **p. 803**
Organización Mundial de Comercio (Arbitraje en la) ……..…….. **p. 811**

P

Pacta sunt servanda **(principio de)** ……..…..……..…….. **p. 817**
Partnership Disputes ……..……..…….. **p. 820**
Pequeño juicio ……..……..…..……..…….. **p. 820**
Perito ……..……..…..…….. **p. 824**
Plazo ……..……..…..……..…..…….. **p. 824**
Prejudicialidad ……..……..…..…… **p. 827**
Principios del Derecho Internacional ……..……..…..…….. **p. 829**
Principios generales del Derecho ……..……. **p. 831**
Principios UNIDROIT sobre los contratos mercantiles internacionales... **p. 832**
Procedimiento arbitral (normas sobre) ……..…….. **p. 834**
Protección diplomática ……..……..…..……..…... **p. 835**
Protocolización del laudo arbitral ……..……..... **p. 838**
Provisión de fondos ……..……..…..…….. **p. 841**
Prueba ….. ……..……..…..…….. **p. 842**

Q

Quiebra (efectos de la quiebra sobre el convenio arbitral) ..……... **p. 845**

R

Rabínico ……..……..…..……..….. **p. 845**
Rebeldía ……..……..…..……..…… **p. 846**
Rebeldía por conveniencia ……..……..…..……..…….. **p. 848**
Rebus sic Santibus **(cáusula o principio de)** ……..… **p. 851**
Reclamaciones de naturaleza contractual ……..…..……..…….. **p. 856**

Reclamaciones de naturaleza contractual y reclamaciones conforme al tratado ..... **p. 856**
Reconocimiento del laudo extranjero ..... **p. 856**
Reconvención ..... **p. 856**
Recursos internos (agotamiento de) ..... **p. 860**
Recusación del árbitro ..... **p. 866**
Reenvío ..... **p. 868**
Reglamento Arbitral (Reglamento de Arbitraje) ..... **p. 869**
Reglamento (CE) n.º 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 sobre procedimientos de insolvencia ..... **p. 872**
Reglamento (CE) n.º 44/2001 del Consejo, 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ..... **p. 877**
Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI ..... **p. 885**
Reglamentos y Reglas del CIADI ..... **p. 891**
Reglas de Rotterdam ..... **p. 892**
Renuncia a las facultades de impugnación del laudo arbitral ..... **p. 897**
Réplica ..... **p. 901**
Requerimientos de aportación de pruebas ..... **p. 906**
Reservas a los tratados internacionales ..... **p. 911**
Resolución alternativa de controversias ..... **p. 915**
Resolución procesal ..... **p. 923**
Responsabilidad de la institución arbitral ..... **p. 923**
Responsabilidad de los árbitros ..... **p. 927**
Revisión del laudo ..... **p. 932**

S

Sede del arbitraje ..... **p. 938**
Sentencia arbitral ..... **p. 941**

Separabilidad del convenio arbitral …….…….. **p. 941**
Sistema monista *versus* sistema dualista ……..…..…….…….. **p. 944**
Sistema SOLVIT ……..……..…..…….. **p. 946**
Sumisión al arbitraje (expresa y tácita) ……..…….…..…... **p. 952**

T

TBI Modelo de la EE.UU. (Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones de Estados Unidos) ……..…..……..……..... **p. 953**
Telecomunicaciones ……..…..…….. **p. 953**
Tercero interviniente ……..…..…… **p. 954**
Terceros no firmantes de la cláusula arbitral ……..…. **p. 956**
Terminación convencional de los procedimientos administrativos …… **p. 956**
***Test* de Salini** ……..……..…..……. **p. 959**
Testigo ……..……..…..…….…….... **p. 963**
Testigo de hecho ……..……..…..…… **p. 967**
Traducción jurada (traducción oficial) ……..…….. **p. 971**
Tratado de la Carta de la Energía ……..…….…….. **p. 974**
Tratados de Libre Comercio (el arbitraje en) ……..……..… **p. 979**
Trato justo y equitativo ……..……..…….. **p. 985**
Treaty Claim ……..……..……..…… **p. 990**
Tribunal Arbitral ……..……..…..…..…… **p. 991**
Tribunal Arbitral de Barcelona (TAB) ……..……... **p. 991**
Tribunal de Arbitraje del Deporte (TAD) ……..…..……..…….. **p. 996**
Tribunal Permanente de Revisión en el MERCOSUR ……..…….. **p. 1000**
Tribunal de Reclamos Irán-EE.UU ……..…….. **p. 1005**
Tribunal Superior de Justicia (en España) ……..…. **p. 1005**
Tribunales Arbitrales *Ad-Hoc* en el MERCOSUR ……..……..... **p. 1010**

U

Usos y costumbres mercantiles ……..…..……... **p. 1016**
U.S. Model BIT ……..……..…… **p. 1019**

V

Verificación sobre un conflicto de intereses ……..…….…..... **p. 1022**
Vistas ……..……..…..…….. **p. 1022**

W

Witness of Fact ……..……..…..……..……. **p. 1022**
Witness Statement ……..…..……..…….. **p. 1022**

Relación de participantes……..…..……..…….. **p. 1027**

Tablas de traducción e interpretación de vocablos ……... **p. 1091**
Primera tabla: Traducción del vocablo en español al inglés y al francés…... **p. 1092**
Segunda tabla: Traducción del vocablo en inglés al español ..…… **p. 1116**
Tercera tabla: Traducción del vocablo en francés al español ..……..... **p. 1132**

Diccionario terminológico del arbitraje
nacional e internacional
(comercial y de inversiones)
se terminó de imprimir en el mes de
diciembre del 2011, con F.M. Servicios
Gráficos S.A., Henry Revett 220, Urb. Santa Rita
Santiago de Surco, teléfono: 444-2007
Lima 33, Perú

“Este volumen se terminó de escribir en junio del 2011, por lo que las normas a que aluden los autores han de ser leídas de modo referencial y están sujetas a futuros cambios legislativos”.